Gemma García-Rostán Calvín
(Directora)

LA PERSONA FÍSICA EN EL PROCESO CIVIL

EVOLUCIÓN RECIENTE EN LOS CONCEPTOS DE CAPACIDAD, LEGITIMACIÓN Y REPRESENTACIÓN

Atelier
LIBROS JURÍDICOS

La persona física en el proceso civil

Evolución reciente en los conceptos de capacidad, legitimación y representación

Gemma García-Rostán Calvín
Directora

La persona física en el proceso civil

Evolución reciente en los conceptos de capacidad, legitimación y representación

AUTORES
Rafael Cabrera Mercado
Rafael Castillo Felipe
Fernando Castillo Rigabert
Regina Garcimartín Montero
Silvia Gaspar Lera
Luis Gómez Amigo
Alberto Lafuente Torralba
Vanesa Martí Paya
Rosa Miquel Sala
Jessica Naranjo Rodríguez
Mercedes Serrano Masip
Salvador Tomás Tomás

Atelier
LIBROS JURÍDICOS

Obra realizada en el marco de los proyectos: «El proceso desigual: razón, diagnóstico y propuestas de intervención» (PID2022-139585OB-I00), y «Consumidor, vulnerabilidad y vivienda sostenible» (PID 2021.125149NB-100), ambos financiados por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España).

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Los autores

© 2025 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibrosjuridicos.com
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-87867-74-4
Depósito legal: B 20437-2025

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos
Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es
Impresión: Winihard

Índice

PRESENTACIÓN 9

EL MENOR DE EDAD

INTERVENCIÓN DEL MENOR EN LA JURISDICCIÓN CIVIL AL AMPARO DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL 15
Mercedes Serrano Masip

OBJETO Y SUJETOS DEL PROCESO ESPECIAL PARA EL INGRESO DE MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA 55
Alberto José Lafuente Torralba

LA PERSONA DE AVANZADA EDAD

LA PARTICIPACIÓN DE «PERSONAS MAYORES» EN EL PROCESO 107
Fernando Castillo Rigabert

EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL PROCESO CIVIL . . 129
Salvador Tomás Tomás

LA PERSONA DE AVANZADA EDAD ANTE EL PROCESO CIVIL 157
Vanesa Martí Payá

EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA PROCESAL POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD

DE LA INCAPACITACIÓN AL SISTEMA DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EVOLUCIÓN HISTÓRICA 181
Rafael Cabrera Mercado

EL HETEROGÉNEO ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS AJUSTES EN EL PROCESO 211
Regina Garcimartín Montero

EL «DICTAMEN PERICIAL DE PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN EL ÁMBITO SOCIAL Y SANITARIO» EN EL PROCESO JUDICIAL DE PROVISIÓN DE APOYOS UNA EXIGENCIA NORMATIVO-PROCESAL EN LA APRECIACIÓN DE LA REALIDAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD 239
Jessica Naranjo Rodríguez

LA REPRESENTACIÓN DE INDIVIDUOS PARA LA DEFENSA DE DETERMINADOS DERECHOS SUBJETIVOS

LA ACCIÓN COLECTIVA DE CESACIÓN PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES. EN PARTICULAR, LA LEGITIMACIÓN ACTIVA 273
Luis Gómez Amigo

DIEZ AÑOS DE DIESELGATE: CUESTIONES PARA EL DERECHO PROCESAL 309
Rosa Miquel Sala

PERSONA FÍSICA Y EJECUCIÓN FORZOSA

NORMAS QUE MERMAN LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA EJECUCIÓN PROCESAL: PROBLEMAS Y TUTELA DE LOS DERECHOS CONTROVERTIDOS 349
Silvia Gaspar Lera

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA EJECUCIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE ACCIONES COLECTIVAS PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS 379
Rafael Castillo Felipe

Presentación

Aunque en buena medida hayan quedado eclipsadas por el fulgor de la LO 1/2025 de Medidas de Eficiencia del Servicio Público de Administración de Justicia, en los años precedentes se produjeron en la LEC importantes reformas atinentes a la actuación de la persona física, fundamentalmente en calidad de parte, en el proceso civil.

Dichas reformas pretenden ofrecer respuestas jurídicas más apropiadas que las que había hasta ese momento ante realidades que, aunque desde luego no son nuevas, han evolucionado sustancialmente en las dos últimas décadas. Es indiscutible que hoy las personas con discapacidad, en general (o sea, dejando aparte las situaciones más extremas), se encuentran mucho más integradas en las dinámicas sociales de lo que lo estuvieron y han estado hasta a finales del siglo XX. Consecuentemente, el proceso jurisdiccional no puede ser ajeno a esa integración, lo que obliga a reformular los conceptos de capacidad para ser parte y capacidad procesal. Por otro lado, es también innegable que la pirámide etaria de la población se está invirtiendo y que el número de personas de avanzada edad que mantiene actividad en el tráfico jurídico — actividad potencialmente generadora de conflictos— crece rápidamente. Por lo que atañe a los menores de edad, a las relaciones con sus progenitores y a las de éstos entre ellos, es asimismo claro que el paulatino abandono de sistemas educativos de férrea disciplina, la asunción de nuevos modelos de familia, la inmigración de menores no acompañados y las reformulaciones del principio rector del interés superior del menor inevitablemente han de tener reflejo en la jurisdicción civil.

Queda aún pendiente —se halla a medias en el proceso de tramitación parlamentaria y no debería demorarse más— dispensar adecuada tutela a través de las acciones colectivas en materia de derecho de consumo. Y a la vista de los proyectos de ley presentados, la reforma que se lleve a cabo previsiblemente

afecte, entre otras, a las nociones de representación y legitimación de las partes en el proceso civil.

Todas estas transformaciones sociales, los cambios legislativos que han supuesto y los que están por llegar y su influencia en la realidad de los procesos civiles en España constituyen la base de las aportaciones doctrinales que conforman esta obra.

El mero hecho de que el legislador preste atención a la persona física debe ser valorado. En un momento de la historia que claramente afronta un cambio de era, en el que el antropocentrismo es una concepción denostada que sufre presiones para ser desplazado de su posición hegemónica, tanto desde el flanco ecocéntrico como desde el tecnocéntrico, resulta tranquilizador que el Derecho siga dedicando esfuerzos a seguir avanzando en que la dignidad de todo ser humano esté realmente presente en la cotidianeidad del día a día de la administración de justicia.

Pero cualquier reforma jurídica suscita dudas hermenéuticas y genera problemas en su aplicación. A veces, además, provoca contradicciones en el ordenamiento jurídico y se inserta sin respetar el sistema normativo preestablecido. En ocasiones, incluso, los resultados que se alcanzan tras su entrada en vigor distan de ser los esperados. Como se podrá comprobar, las normas de las que se ocupa esta obra adolecen de todos esos inconvenientes. Los autores que intervienen en ella, con ánimo científico constructivo, y sin dejar de tener presentes las bondades de la nueva regulación, profundizan en algunos de tales inconvenientes y plantean fundadas respuestas con el propósito de contribuir al progreso jurídico y, por ende, al social.

Las propuestas que se presentan son fruto de un proceso reflexivo que ha constado de dos fases. La primera culminó con la celebración de un fructífero seminario internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia a finales del mes de mayo de 2025. En él todos los intervinientes tuvimos la oportunidad de discutir y deliberar sobre los diversos temas puestos sobre la mesa, obteniendo interesantes resultados. A la segunda le pone fin este libro, que recoge la versión escrita y mejorada de las intervenciones de aquél seminario. Ambas actividades han podido ser realizadas gracias a la financiación pública obtenida a través de los proyectos de investigación «El proceso desigual: razón, diagnóstico y propuestas de intervención» (PID2022-139585OB-I00), y «Consumidor, vulnerabilidad y vivienda sostenible» (PID 2021.125149NB-100), de la Agencia Estatal de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España.

Como directora de la obra quiero reconocer públicamente a todos los autores su generosidad, su disponibilidad y su paciencia conmigo. Y en mi nombre y en el de los autores agradecer al lector su interés inicial por el libro, que esperamos se vaya consolidando y acrecentando con su lectura. Ojalá la fortuna quisiera que entre tales lectores se encontraran quienes participan en los procesos legislativos y que las propuestas aquí vertidas sean buen caldo de cultivo de futuras reformas normativas con alto grado de compromiso social a la vez que de técnica jurídica.

EL MENOR DE EDAD

Intervención del menor en la jurisdicción civil al amparo del artículo 158 del Código Civil[1]

Mercedes Serrano Masip
Universidad de Lleida

Sumario: I. DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO. II. EXTREMOS QUE MUESTRAN LA EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS DEL ART. 158 DEL CÓDIGO CIVIL PARA OTORGAR UNA PROTECCIÓN AMPLIA Y RÁPIDA AL MENOR. 1. Objeto de sucesivas reformas legislativas. 2. Vehículo idóneo para aplicación de normas previstas en instrumentos jurídicos europeos. 3. Recurso efectivo en los términos del borrador de la Observación General Nº 27, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño al acceso a la Justicia. III. MEDIDAS DE PROTECCIÓN. 1. Medidas atípicas y medidas específicas. 2. Naturaleza, caracteres y presupuestos. 3. Motivación de la decisión que adopta la medida. Interés superior del menor y proporcionalidad. IV. INTERVENCIÓN DEL MENOR EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN PROCESOS DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSA Y EN EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. 1. Reglas generales. 2. Normas previstas en procesos de jurisdicción contenciosa. 3. Normas establecidas en expedientes de jurisdicción voluntaria. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA

I. Delimitación del estudio

La razón de ser del art. 158 CC ha consistido desde 1981 en acentuar, siempre en interés del hijo, la intervención y la vigilancia del Juez en el ejercicio de la patria potestad. Como resultado de dicho control, que puede desencadenarse de oficio, cabe adoptar diversos tipos de medidas, todas ellas con el fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Al mismo tiempo, los trámites a través de los cuales aquellas son acordadas, en la jurisdicción civil, no son los correspondientes a un concreto procedimiento especial, sino que es adecuada para ello la sustanciación tanto de un proceso contencioso como de un expediente de jurisdicción voluntaria.

1. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Los crímenes de honor como violencia de género: delineamiento de un estatuto jurídico-asistencial protector en España», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. PID2022-136879NB-I00).

También desde 1981, el control judicial puede ser promovido a instancia del hijo, del menor ya que se le faculta para que solicite la adopción de una medida de protección. Sin embargo, en lo que se refiere a la magnitud de la intervención del menor nada más añade el art. 158 CC.

Conociendo, mediante la consulta de la jurisprudencia, la frecuente aplicación por nuestros tribunales de las normas del art. 158 CC, entendimos que este trabajo debía iniciarse identificando aquellos extremos que las han consolidado como un instrumento crucial en orden a dispensar, con celeridad, al menor una protección eficaz. Naturalmente, uno de dichos extremos es el amplio campo de medidas que queda englobado en el seno del citado precepto.

Es, pues, en este contexto en el que se analiza la intervención procesal del menor. Contrariamente, a lo que puede inferirse del art. 158 CC aquella puede ser muy limitada, a no ser que se revise y se actualice, desde la óptica del principio del superior interés del menor en su dimensión de criterio interpretativo, la estricta noción que nuestro Derecho procesal civil tiene de la capacidad procesal.

II. Extremos que muestran la efectividad de las normas del art. 158 del Código Civil para otorgar una protección amplia y rápida al menor

En este apartado van a ser examinados tres extremos que, a nuestro entender, ponen de relieve la idoneidad de las normas del art. 158 CC para proteger al menor que se halla en una situación de riesgo de la que es razonable inferir puedan derivarse perjuicios, de manera inminente, para su esfera personal. Es una protección que se otorga en el seno de un procedimiento, por un Juez y en el que está previsto intervenga el menor. De ahí que indagar en el contenido de la protección, los actos procesales que puede ejecutar el menor y el procedimiento a través del cual se otorga la tutela solicitada sea no solo interesante, sino también necesario.

Los extremos seleccionados arrancan de puntos de partida distintos. La apuesta del legislador español en mantener, desde 1981, la esencia de las normas del art. 158 CC perfeccionándolas y ampliándolas, con el fin de extender su ámbito de aplicación, va a ser el primero de los extremos que va a ser abordado. Con el segundo y el tercero pretendemos dilucidar la aptitud de las normas procesales del art. 158 CC para cumplir con las reglas y directrices establecidas en distintos instrumentos del Consejo de Europa, la UE y Naciones Unidas cuyos objetivos compartidos consisten, de un lado, en velar por que los derechos

procesales reconocidos a los menores puedan ser eficaz y válidamente ejercitados y, de otro, en identificar los elementos que han de favorecer que la Justicia se adapte a los menores, para imponer o recomendar a los Estados miembros que los incorporen a sus ordenamientos jurídicos.

1. Objeto de sucesivas reformas legislativas

El art. 158 CC está ubicado en la parte del CC en la que se recogen las disposiciones generales que ordenan las relaciones paternofiliales. Su primera reforma es acometida por la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*. Esta Ley sienta la razón de ser, la naturaleza, la finalidad y la estructura del art. 158 CC que, a pesar de las posteriores modificaciones a las que es sometido, se mantienen en su redacción vigente. Sobre dicho precepto se afirmó que su fundamento consistía en «acentuar en el ejercicio de la patria potestad, la intervención y vigilancia del juez, en consideración del interés del hijo»[2].

La segunda modificación del art. 158 CC se lleva a cabo por la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Con ella se reforman en profundidad las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el CC. Debían estar en consonancia con la legislación postconstitucional, con la *Convención sobre los Derechos del Niño* de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989[3], con el reconocimiento del menor como sujeto titular de derechos cuya capacidad para ejercerlos es progresiva y con la necesaria agilización de la tramitación de los procedimientos de protección del menor. La inclusión en el nuevo sistema del art. 158 CC nos indica que es un elemento que encaja perfectamente en el mismo.

Vuelve a ser reformado por la *Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre*, que tiene por finalidad coordinar la modificación del Código Penal y del Código

---

2. Son palabras del Prof. Sancho Rebullida que constan en la obra elaborada junto al Prof. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de familia. Fascículo Tercero conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Librería Bosch, Barcelona, 1982, p. 722. Más adelante, el Prof. Sancho Rebullida apoya su argumentación en la Exposición de Motivos del Proyecto, de la futura Ley 11/1981, donde se declara que «la consideración prioritaria del interés del hijo ha conducido a acentuar, en el ejercicio de la patria potestad, la intervención y vigilancia del Juez, árbitro, en muchos aspectos, de las relaciones paterno-filiales, hasta el punto de concedérsele una amplia autorización para ordenar las medidas oportunas cuando el hijo —su vida, su seguridad, su salud— se halle en peligro», p. 737. Cfr. en la misma línea, y destacando el deber judicial de velar por el correcto ejercicio de la potestad siempre teniendo en consideración el interés prioritario del hijo, Vázquez-Pastor Jiménez, Lucía, «La patria potestad en el Código Civil: concepto y caracteres», en Díez-Picazo Giménez, Gema (coord.), *Derecho de Familia*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2012, pp. 1827 y 1828.

3. Convención ratificada por España el 30.11.1990 (BOE núm. 313, de 31.12.1990).

Civil para hacer frente, de manera específica, a los casos de sustracciones o retenciones ilícitas de menores. Aun cuando no es objeto de novedades procedimentales, el art. 158 CC ve incrementado el número de medidas cautelares típicas que pueden ser adoptadas en su seno.

Las dos últimas modificaciones del art. 158 CC, a cargo de la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* y de la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, además de aumentar el número de medidas específicas de protección, agregan al texto del citado precepto ciertas garantías para que el derecho del menor a ser oído sea efectivo.

Este panorama, de marcado acento cronológico, tiene la virtualidad de enseñar que, hoy en día, el legislador y la sociedad han estimado que la razón de ser, la naturaleza, la finalidad y la estructura del art. 158 CC que fueron establecidas en 1981, transcurridos más de cuarenta años no tienen por qué ser alteradas. No obstante, es preciso completarlo con un sucinto análisis de aquellos contenidos que han experimentado una evolución.

Comenzando por las *circunstancias causantes del riesgo en el que se halla el menor*, esto es, los hechos o las conductas susceptibles de generar para el menor daños y perjuicios han ido aumentando, correlativamente, con las reformas del art. 158 CC. Las circunstancias identificadas radican en el incumplimiento de la prestación de alimentos; el cambio de titular de la potestad de guarda capaz de generar perturbaciones dañosas al hijo; las salidas del territorio nacional, la expedición del pasaporte y el cambio de domicilio que puedan dar lugar a la sustracción del menor; la facilidad de aproximarse o comunicarse con el menor cuando estos contactos le sean perjudiciales; y en conductas de los titulares de la potestad, de familiares o terceras personas que ejercen la guarda y custodia o que tienen atribuido un régimen de visitas y comunicaciones.

Ahora bien, las circunstancias expuestas no son los únicos acontecimientos, conductas o conflictos familiares que permiten aplicar el art. 158 CC. No es un ámbito propio para la exhaustividad. De ahí que, desde su primera versión de 1981, asuma que no es posible describir todos los riesgos y ponga punto final a los ejemplos con una fórmula amplia, comprensiva de todos los posibles supuestos de mayor o menor gravedad aptos para dañar al menor en su bienestar, desarrollo personal o en sus derechos[4].

4. El nivel de riesgo concreto en que se halle el menor puede a abocar a una desprotección grave pudiendo esta subsumirse en una causa de desamparo (art. 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor).

La situación de riesgo en que se halla el menor debe ser justificada. Aun cuando el art. 158 CC no imponga una acreditación del peligro o de los posibles perjuicios, deberán aportarse al procedimiento indicios suficientes que permitan al tribunal formarse un juicio de verosimilitud sobre la situación de riesgo. En caso contrario, no podrá ser adoptada ninguna medida, bien sean medidas cautelares bien no posean la nota de la instrumentalidad al constituir el objeto principal del procedimiento que se tramita.

El segundo elemento del art. 158 CC afectado por las reformas legislativas es el atinente a *los sujetos activos creadores de las situaciones de riesgo*. Este también ha ido aumentando con las modificaciones del art. 158 CC. En la actualidad, no solo pueden ser los progenitores del menor, sus tutores o los titulares de la potestad de guarda, sino incluso otros familiares, sin que esté determinado el grado de parentesco, y terceras personas. Respecto de estas últimas, debe puntualizarse que, a los efectos del art. 158 CC, no cualquier tercero ha de entenderse como sujeto activo del riesgo. Estamos de acuerdo con la doctrina que, basándose en una interpretación sistemática de las normas del art. 158 CC, sostiene que el tercero ha de ser equiparado a un «allegado», esto es, a una persona cercana o próxima al menor por razón de convivencia, amistad, trato o confianza[5].

Paralelamente al incremento de los sujetos activos creadores del riesgo, *los sujetos pasivos dejan de ser únicamente los hijos adquiriendo dicha condición los menores*. No constituye, pues, presupuesto de la protección tramitada según lo indicado en el art. 158 CC ni la existencia una relación paternofilial ni de parentesco entre sujeto pasivo y activo, aunque sí una relación basada en la amistad, convivencia o cercanía.

El tercer contenido del art. 158 CC en el que se percibe un cambio es el relativo a la *concreción de las medidas a adoptar*. Se transita de la absoluta indeterminación a la tipicidad de dichas medidas con el propósito de evitar la comisión de determinados delitos que victimizan a los menores. Es decir, manteniendo un nivel suficiente de discrecionalidad del Juez, el legislador le ha ido guiando en la concreción de las medidas susceptibles de cumplir con los criterios de conveniencia y necesidad para proteger al menor que se halla en una situación de riesgo.

---

5. Vid. Pérez Vallejo, Ana Mª, «Comentario al artículo 158 CC», en Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, Mª Pilar, Torres Lana, J. Á. y Achón Bruñén, Mª José (dirs.), Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 532-550. En su opinión, la referencia a terceras personas genera dudas interpretativas por lo que hubiera sido preferible que el art. 158 CC empleara el término «allegados», como lo hacen otros preceptos del CC para designar a personas cercanas al menor a las que se les puede reconocer el derecho de comunicación y visita (art. 94 CC), el derecho de relacionarse (art. 160 CC), así como, a las que pueden ser nombradas curadores (art. 276 CC).

El cuarto y último contenido sobre el que han proyectado las reformas del art. 158 CC es el centrado en *instituciones procesales*. Tiene una especial relevancia la operada por la LO 1/1996, pues, a ella se debe la indicación de que todas las medidas de protección a las que se refiere el art. 158 CC «pueden adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria». En su Exposición de Motivos, fundamenta esta elección afirmando que los procedimientos judiciales que afecten a menores han de estar presididos por la agilidad e inmediatez en orden a evitarles perjuicios innecesarios. Basándose en esta idea, resulta claro que la tutela que ha de otorgarse a los menores ha de ser ágil, inmediata y flexible y que los cauces más aptos son los «incidentes cautelares»[6] y los expedientes de jurisdicción voluntaria.

Junto a los cauces procesales, debe destacarse otras proposiciones de índole procesal: se confía no solo en la actuación de oficio del Juez, sino que además se le otorga el poder de incoar los trámites para adoptar una medida; se reconoce al menor como sujeto titular de derechos materiales y procesales, con una capacidad progresiva para ejercerlos; como consecuencia de este reconocimiento, debe garantizarse el ejercicio, por sí mismo y no a través de sus representantes legales, de su derecho a ser oído.

2. Vehículo idóneo para la aplicación de normas previstas en instrumentos jurídicos europeos

Las reformas del art. 158 CC se enmarcan en la política nacional que persigue que España cumpla sus obligaciones generadas por la ratificación de textos internacionales y regionales que consagran y garantizan los derechos humanos de la infancia, así como las derivadas de ser miembro de la UE. Todas ellas someten a nuestro ordenamiento jurídico, en materia de instituciones de protección del menor, a una importante y progresiva renovación.

El presente apartado se dedica, esencialmente, a exponer y analizar la protección que la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Consejo de Europa y de la Unión Europea debe proporcionar a los menores que se hallan en situaciones de riesgo. Este acotamiento viene exigido por el tema que da origen a este estudio, así como por el detalle con el que se pretende abordar. Con esta precisión queremos aclarar que, siendo la *Convención sobre los Derechos del Niño* la norma internacional básica en la materia que nos ocupa, las referencias que a ella hagamos serán al hilo de las explicaciones de los estatutos jurídicos

6. El Preámbulo de la Ley 26/2015 califica los procedimientos contenciosos, a los que alude el art. 158CC, de «incidentes cautelares» que además gozan de las notas de agilidad e inmediatez.

sobre los derechos y las garantías de los menores diseñados por los instrumentos europeos. No obstante, a causa de su importancia en el tema que nos ocupa y su novedad, finalizaremos este epígrafe dando cuenta de un reciente proyecto de documento elaborado por el Comité de los Derechos del Niño.

Los documentos emanados del Consejo de Europa a los que debemos prestar una especial atención son el *Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, de 25 de enero de 1996*[7] y las *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a una Justicia adaptada a los niños, de 17 de noviembre de 2010*[8]. Son instrumentos de diferente naturaleza ya que mientras el Convenio, tras su ratificación por España, ha pasado a integrar nuestro ordenamiento jurídico y es directamente aplicable, las Directrices no tienen valor vinculante, aunque sí han de ser consideradas un referente imprescindible, especialmente, para los legisladores y tribunales de los Estados Partes.

La selección de los dos documentos mencionados del Consejo de Europa obedece a que se elaboran desde la voluntad de promover los derechos e intereses superiores de los menores para que puedan tener la oportunidad de ejercitarlos, particularmente, ante la Administración de Justicia. Ello significa primero que, aun admitiéndose en dichos documentos que el papel de los progenitores es crucial en la protección de los menores y el fomento de sus derechos, se atribuye a los Estados Partes la tarea de intervenir, a través de las autoridades competentes, en dichas esferas. Y, en segundo lugar, con la selección de aquellos instrumentos se quiere remarcar que su idea rectora consiste en imponer a los Estados Partes la obligación de prever los ajustes necesarios con el fin de que sus sistemas judiciales se adecúen a la madurez y al progresivo desarrollo de las capacidades cognitivas y volitivas de los menores. De ahí que deban considerarse normas especiales respecto de la norma general que es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de1950, cuyas garantías procesales, quizá no hacía falta resaltarlo, también se aplican a los menores.

El objeto principal del Convenio de 1996 estriba en reconocer y garantizar a las personas menores que no han alcanzado aún la edad de dieciocho años el ejercicio de derechos y facultades procesales, singularmente, en los procesos civiles de familia relativos al ejercicio de responsabilidades parentales. Las disposiciones centradas en dichos extremos se ubican en el Capítulo II y se estructuran en

---

7. El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños fue ratificado por España el 11.11.2014 (BOE núm. 45, de 21.2.2015).

8. El Consejo de Europa ha elaborado una estrategia posterior, *Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño* (2022-2027) uno de cuyos objetivos es continuar promoviendo la implementación de las Directrices de 2010. Ambos documentos pueden consultarse en https://www.coe.int/en/web/children.

seis secciones, de las que hemos de destacar tres. En la primera, se formula un elenco de derechos mínimos que han de reconocerse al menor, cuando según el derecho interno tiene el grado de discernimiento suficiente, en los procesos sustanciados ante una autoridad judicial cuyas resoluciones les afecten[9]. Son los derechos a ser oído, consultado y a tener la oportunidad de expresar libremente su opinión; a recibir toda la información pertinente sobre el desarrollo del proceso y a que se le expliquen los extremos más relevantes de sus actos, las consecuencias que pueden derivarse de los mismos y cómo le van a afectar las resoluciones judiciales que se dicten. Asimismo, el menor tiene el derecho a la designación de un representante especial en los supuestos en los que el derecho interno, ante un conflicto de intereses con los titulares de las responsabilidades parentales[10], prive a estos últimos de la facultad de representación. El ejercicio de estos derechos puede ser exigido por los propios menores (arts. 3 y 4).

Junto a estos derechos mínimos, las Partes han de examinar la posibilidad de conceder a los menores otros derechos como, por ejemplo, el derecho a la asistencia de una persona de su elección que les ayude a expresar su opinión, a solicitar la designación de un letrado, a nombrar a su propio representante y a ejercitar los derechos procesales que corresponden a las partes en los juicios que les afecten (art. 5).

La segunda parte en la que debemos reparar es la destinada al papel que han de desempeñar las autoridades judiciales. Antes de adoptar una decisión, estas deben asegurarse de que disponen de toda la información suficiente en orden a respetar los intereses superiores del menor. Con este fin, se les impone el deber de explorar al menor, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas y de forma apropiada a su discernimiento. Durante la exploración o entrevista, se le debe permitir que exprese su opinión y, además han de tenerla en cuenta en todas las resoluciones que emitan (art. 6). Asimismo, las autoridades judiciales han de actuar con prontitud evitando demoras inútiles. Dentro de este actuar con diligencia, se incluyen dos deberes asignados a las autoridades judiciales que deberían estar expresamente previstos en las legislaciones nacionales. Nos referimos a la adopción, en casos urgentes, de decisiones que «sean inmediatamente ejecutivas» y la «existencia de procedimientos encaminados a asegurar una rápida ejecución de las resoluciones» (art. 7), puesto que el principio de legalidad procesal impide que la tramitación del procedimiento adecuado dependa del arbitrio judicial. Similares consideraciones deben hacerse respecto de la facultad de actuar de oficio que

---

9. A los efectos del Convenio de 1996, se entiende por «autoridad judicial» un tribunal o una autoridad administrativa que tenga competencias equivalentes.

10. En el ámbito de aplicación del Convenio de 1996, los «titulares de las responsabilidades parentales» son los progenitores y demás personas u organismos facultados para ejercer en todo o en parte las responsabilidades parentales.

ha de tener la autoridad judicial cuando el bienestar del menor se encuentre en peligro grave (art. 8), así como, de la facultad de designarle un representante especial, que puede ser un abogado, en los supuestos de conflicto de intereses entre aquel y los titulares de las responsabilidades parentales (art. 9).

Finalmente, la tercera parte del Convenio de 1996, que resulta de especial interés para este trabajo, se ocupa de las funciones que han de desempeñar los representantes del menor, entendiendo por tales las personas que no son titulares de las responsabilidades parentales, si bien los Estados Parte podrán encomendar esas funciones a los progenitores o tutores. Siempre que, según el derecho interno, el menor posea el grado de discernimiento suficiente, los representantes deben proporcionarle toda la información pertinente sobre el proceso, han de explicarle las eventuales consecuencias que se pueden derivar de los actos que en calidad de representantes realizan y han de actuar de acuerdo con la opinión del menor, opinión que, por otro lado, deben ponerla en conocimiento de la autoridad judicial.

España, en cumplimiento del art. 1.4 del Convenio de 1996[11], inserta en el instrumento de ratificación un catálogo no exhaustivo de categorías de procesos a los que es aplicable dicho instrumento, entre las que incluye a «los procesos que tengan por objeto la adopción de medidas de protección sobre los menores en los supuestos contemplados en los artículos 158 y 216 del Código Civil». Ahora bien, este compromiso no exime a España de promocionar el ejercicio de los derechos y facultades procesales de los niños de conformidad con reglas más favorables (art. 1.6 del Convenio).

El segundo documento del Consejo de Europa en el que hemos de detenernos brevemente son las *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a una Justicia adaptada a los niños* de 2010. Se apoya en las sólidas bases jurídicas proporcionadas por los instrumentos internacionales y regionales más importantes que se han aprobado sobre derechos de los menores y por la jurisprudencia del TEDH[12]. Su objetivo principal es que los sistemas judiciales

11. El art. 1.4 del Convenio de 1996 ordena a los Estados Partes que, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, designen «mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, al menos tres categorías de asuntos de familia ante una autoridad judicial a los que se aplicará este Convenio».

12. En el ámbito de la justicia civil, la interpretación y aplicación de los arts. 6 y 8 del CEDH por el TEDH han sido trascendentales en el establecimiento de una jurisprudencia que se ha pronunciado tanto en lo que respecta a la necesaria configuración de unos cauces procesales adaptados a la natural evolución de la madurez y las capacidades de los menores, cuanto al respeto de sus derechos procesales que han de poder ejercitar con una autonomía que gradualmente va aumentando, en todos aquellos asuntos, principalmente en los de familia, cuyas decisiones les afectan. Dicha jurisprudencia arranca con las sentencias dictadas por la Gran Sala en los asuntos *Sahin c. Alemania*, de 8 de julio de 2003 (ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003094396) y *Sommerfeld c. Alemania*, de 8 de julio de 2003 (ECLI:CE :ECHR:2003:0708JUD003187196).

de los Estados Partes se configuren de manera que procuren a los menores una justicia accesible, rápida, diligente y respetuosa con derechos fundamentales de índole material, citando la dignidad, intimidad personal y familiar, integridad, libertad e igualdad, así como con derechos y facultades procesales, sin relegar los derechos e intereses de aquellos sujetos, en cuyas esferas personales y patrimoniales, puedan incidir las decisiones judiciales. Extiende su ámbito de aplicación a todas las situaciones en las que los menores de dieciocho años puedan entrar en contacto con las autoridades competentes en materia de justicia civil, penal o administrativa.

Se inspiran en unos principios muy firmes y consolidados, por su reconocimiento en textos internacionales y regionales que son determinantes de sus finalidades y acciones para obtenerlas, pero que ningún instrumento olvida de mencionar. El primero al que se alude es el interés superior del menor cuya prevalencia es matizada, pues, debe conciliarse no solo con otros derechos del menor, sino también con los reconocidos a los titulares de la potestad. En cualquier caso, el interés superior es un valor con un contenido muy amplio que comprende, entre otros, el deber de tener en cuenta los puntos de vista y el bienestar psicológico, físico, social y económico. Con el fin de cumplir este deber, las Directrices invitan a que se implante, en el curso de un proceso, la intervención de distintos profesionales especializados en menores para que la autoridad judicial pueda evaluar y determinar, en cada supuesto, cuál es el interés del menor y cómo actuar para salvaguardarlo.

El segundo principio referido es la dignidad que exige que los menores sean tratados con atención, sensibilidad, equidad y respeto a lo largo del proceso, lo que puede flexibilizar la noción de capacidad procesal.

La prohibición de la discriminación es el tercer principio sobre el que se erigen las Directrices. Relaciona unos motivos que son recurrentes en los instrumentos internacionales y regionales sobre la materia y que son con frecuencia el origen de la discriminación: raza, sexo, color, edad, capacidad, idioma, religión, pertenencia a una minoría, orientación sexual, estatus de sus progenitores y medios económicos. Lo que debe subrayarse es cómo vincula la discriminación a la actuación del representante del menor, por lo que recomienda a los Estados miembros que concedan una asistencia especial a los colectivos más vulnerables.

El último principio es la primacía del derecho que además de ir unido a los principios de legalidad y proporcionalidad, también se conecta con los derechos procesales cuya titularidad corresponde al menor. Particularmente, las Directrices y sus Comentarios Generales van desgranando con un elevado gra-

do de detalle el alcance de los derechos a la información, la representación, la participación y la protección.

La primera consideración que se efectúa respecto del derecho a la información es la relativa a su efectividad que se desencadena desde el primer contacto con el sistema judicial y se mantiene durante toda la tramitación del proceso. La segunda expone su contenido siendo muy amplio el de carácter procesal, pues abarca las acciones que el menor puede ejercitar, la posición del menor en cada una de las fases procesales, los efectos que pueden desprenderse de sus declaraciones, la duración aproximada del proceso y los recursos que cabe interponer contra las resoluciones que les afecten. Es una información que debe ser transmitida directamente al menor si puede comprenderla.

En cuanto al derecho a la representación, se incide en la asistencia jurídica debiéndose prever, de un lado, que el menor designe libremente un letrado y que ha de ser distinto del que asista a sus progenitores, tutores u órgano público que lo tutele y, de otro, una regulación sectorial de la asistencia jurídica gratuita para los menores cuyos principales caracteres han de ser la especialización y la gratuidad.

Por lo que se refiere al derecho a la participación se tienen en cuenta no solo las garantías que la fomentan, sino también las medidas tendentes a reducir al mínimo las perturbaciones al bienestar psíquico del menor. Entre las primeras, cabe destacar la iniciativa del menor, no subordinada al consentimiento parental, consistente en solicitar al juez que le escuche, la previsión de que pueden dictarse decisiones inmediatamente ejecutivas y la motivación de las resoluciones judiciales recogiendo las declaraciones del menor siempre redactadas en un lenguaje que pueda comprender. Forman parte de las segundas, las que versan sobre la preparación y el diseño de los espacios en los que va a ser explorado el menor, la intervención de profesionales cualificados en la exploración y el empleo de medios tecnológicos que eviten la confrontación directa del menor con determinadas personas y que permitan la grabación de sus declaraciones.

Finalmente, el derecho a la protección se reconduce al acompañamiento del menor durante la tramitación del juicio bien por sus progenitores bien por un adulto de su confianza y a la salvaguarda de su intimidad[13].

---

13. Un análisis más exhaustivo de las Directrices y los Comentarios Generales a las mismas puede encontrarse en nuestro trabajo, Serrano Masip, Mercedes, «Protección jurisdiccional de menores en situación de riesgo y desamparo. Iniciativas del Consejo de Europa y de la Unión Europea en orden a una justicia adaptada a los menores», en de Hoyos Sancho, M. (dir.), Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp.

Trasladando ahora nuestra atención a la actividad UE desplegada en materia de intervención del menor en los procesos que decidan cuestiones que incidan en su esfera personal, social o patrimonial, el primer documento que hemos de destacar es la *Carta de los Derechos de los Niños* aprobada por el Parlamento Europeo en 1992, donde establece una serie de principios mínimos y de bases que ha de desarrollar la Comisión[14]. Una de estas bases, la núm. 15, dispone que el fin prioritario de toda decisión judicial que afecte a un menor deberá ser la defensa de sus intereses. El mecanismo procesal en orden a alcanzarlo radica en oír al menor a partir del momento en que su madurez y edad lo permitan y no le genere perjuicio alguno. Este derecho a ser oído ha de ser efectivo, particularmente, en todos los procesos que den lugar a una modificación del ejercicio de la potestad, que determinen la guarda y custodia, que acuerden la entrega del menor en adopción o que decidan su ingreso en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social.

Descrita en la *Carta de los Derechos de los Niños* de manera amplia la intervención del menor, si en algún instrumento normativo de la UE deberían haberse incluido preceptos que regularan con cierto detalle el ejercicio del derecho a ser oído ante los tribunales, uno de ellos debería ser el *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción de menores* (Reglamento Bruselas II ter). Es un instrumento de cooperación judicial en materia civil que, al regular determinadas instituciones procesales en asuntos de derecho de familia con repercusión transfronteriza, resulta lógico concluir que deberían haber previsto algunas normas sobre derechos y garantías, reconocidos a los menores por instrumentos internacionales y por los tratados constitutivos de la UE, que forzosamente han de ser ejercitados en un procedimiento.

Y es cierto que las prevén, si bien debe decirse que con demasiada vaguedad. El Reglamento Bruselas II ter se limita a afirmar que el derecho del menor a ser oído estriba en que se le brinde la ocasión de expresar su opinión en los procedimientos que le afecten. A este instrumento normativo también se le encomienda la tarea de contribuir a que los menores puedan acceder a los procesos judiciales con mayor facilidad y que estos sean tramitados con una mayor eficiencia (considerando 2). Aun siendo uno de sus principales objetivos el fomento de la cooperación judicial para lograr un ágil reconocimiento y ejecución de resoluciones, el Reglamento Bruselas II ter no desconoce que algunas de sus normas han de ir orientadas a reforzar la confianza mutua de los Estados miembros en los respectivos sistemas jurídicos. De ahí que asuma que

14. DOCE C 241, de 21.9.1992.

debe profundizarse en los derechos de los menores en todos aquellos procedimientos, matrimoniales o con otro objeto, en los que se acuerden medidas de protección (considerandos 3 y 7). Sin embargo, examinando sus preceptos se observa que va a dar por cumplida su función manteniéndose en un nivel de declaraciones muy generales. Apoyándose en el art. 24 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, reitera que los menores que tengan capacidad de formar su propio juicio han de disponer de la posibilidad real y efectiva de expresar su opinión que, además por mandato del principio del interés superior de menor, ha de tenerse en cuenta. Nada más añade, pues, las cuestiones relativas a quien debe oír al menor, si el juez en persona o un experto con formación específica y a la manera en que debe hacerlo, en la sala de audiencia o en otro lugar, o por otros medios corresponde a la legislación nacional de cada Estado miembro (considerando 39 y art. 21).

Uno de los últimos documentos aprobados en la UE en la materia que nos ocupa es la *Recomendación de la Comisión, de 23 de abril de 2024, sobre el desarrollo y el refuerzo de los sistemas integrados de protección de la infancia que redunden en el interés superior del menor*[15]. En sintonía con documentos previos que destacan la importancia de adoptar un enfoque integrado, coordinado y multidisciplinar para la protección de la infancia que implique a todos los sectores con responsabilidades específicas[16], la Recomendación avanza en dicha línea con el fin de que mediante un enfoque holístico y transversal quepa aunar la normativa vigente y las medidas que con base en la misma se acuerdan. Para lograrlo entiende que es imprescindible definir los cometidos de dichos sectores y establecer una estrecha coordinación entre ellos.

En lo atinente al sector justicia, la Recomendación se dirige a los sistemas judiciales de los Estados miembros y les advierte que han de tener en cuenta las necesidades de los menores como víctimas, sospechosos, acusados o condenados, testigos o partes en los procesos civiles. Les recuerda los estándares ya fijados en los instrumentos normativos que se ocupan de los derechos de las víctimas[17] y de las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en procesos penales[18]. Y les insta a dar el paso siguiente que ha de consistir en aplicar un enfoque multidisciplinar e integrado que deberá plasmarse, singularmente, en la realización de las evaluaciones individuales de las circunstan-

15. Documento C(2024) 2680 final.

16. Singularmente, la *Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño* COM(2021) 142 final y la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de marzo de 2021, sobre los derechos de la infancia.

17. Alude, de forma expresa, a la 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.

18. Se refiere a la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

cias, necesidades y vulnerabilidades propias del menor, así como, en el diseño de servicios adaptados a la edad de las víctimas y los menores a los que se imputa una responsabilidad penal. En la esfera del derecho privado, la Recomendación pretende reforzar la cooperación judicial transfronteriza dentro de la UE en asuntos civiles relativos a niños, particularmente, en materia de alimentos, de responsabilidad parental y de sustracción internacional de menores[19], resaltando la intervención de carácter tuitivo que pueden realizar las autoridades centrales.

Las medidas concretas que han de incorporar los Estados miembros a sus respectivos sistemas judiciales tienden todas ellas a atender las necesidades de los menores y facilitarles el ejercicio efectivo de sus derechos. A título de ejemplo, cabe citar el ap. 51 donde se distingue entre medidas que garantizan la efectividad de los derechos de los menores y las que promueven la adaptación de los procesos a las características personales y sociales de los menores. Forman parte de las primeras: la evaluación y asistencia individual a los menores antes, durante y después del proceso judicial; la información, en un lenguaje accesible y atendiendo a las necesidades especiales que los menores puedan tener, sobre los medios de acceso a la justicia y los aspectos generales de la tramitación de los procesos; la oportunidad real y efectiva de expresar sus opiniones bien directamente bien a través de su representante, aunque sometidos al número más reducido posible de audiencias y exámenes; la previsión de la asistencia jurídica gratuita; la prestación de servicios gratuitos de interpretación y traducción en todas las fases de los procesos judiciales; la salvaguarda de la privacidad y los datos personales y la existencia de alternativas a los procesos judiciales sin que, en ningún caso, se impida el acceso de los menores a la justicia.

Con respecto a las medidas susceptibles de lograr que el proceso se adapte a los menores, la Recomendación opta por incluir en la lista una primera indicación muy general, pues, requiere a los Estados miembros que adapten los procesos judiciales a la edad, las necesidades y las vulnerabilidades de los niños, a la que siguen medidas más concretas, por ejemplo, el uso de las tecnologías de la comunicación y otras herramientas técnicas para la emisión de las declaraciones de los menores, siempre que de ellas resulte un beneficio para su protección y, cuando se trate de asuntos transfronterizos, aboga por el empleo de la videoconferencia como vía idónea para la participación de los menores en el proceso.

Como es sabido, la Recomendación es un acto no vinculante, pero esta naturaleza no le priva de su carácter jurídico. Ello supone que, incardinada en la coo-

19. Cooperación judicial transfronteriza que, en las materias indicadas, se regula en el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos y en el Reglamento Bruselas II ter.

peración judicial en materia civil, aquella puede llegar a tener, de manera indirecta, consecuencias jurídicas[20]. Cabe entender que la Comisión, mediante la adopción de la Recomendación muestra su firme propósito de volver a intentar la incorporación de las *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a una Justicia adaptada a los niños* a los instrumentos normativos del ámbito de la justicia civil[21].

3. Recurso efectivo en los términos del borrador de Observación General Nº 27 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño al acceso a la justicia

El Comité de los Derechos del Niño, durante su 95º período de sesiones, decide que debe ser elaborada una Observación General, que será la Nº. 27, sobre el *Derecho del Niño al acceso a la Justicia y a un recurso efectivo.* En enero de 2024 se publica una nota conceptual, se abre un período de consultas que finaliza en diciembre de 2024 y en mayo de 2025 es divulgado el primer borrador adoptado por el Comité. Según las previsiones de este órgano, el texto definitivo podría ser aprobado en enero de 2026[22].

No podíamos dejar de examinar y exponer los extremos, del borrador de la Observación General Nº. 27 (en adelante, la Observación), que poseen una especial relevancia para nuestro trabajo. Esta tarea exige llevar a cabo una selección, pues, el campo al que se extiende la Observación es extenso. Su amplitud puede ser debida a que arranca de la idea de que el acceso a la justicia y a un recurso efectivo debe ser enfocado desde el conjunto de derechos reconocidos al niño, teniendo siempre presente que es un ser humano cuyas facultades evolucionan por lo que requiere un apoyo sostenido en el ejercicio de sus derechos. A su vez, dicha perspectiva ha comportado que se haya otorgado al derecho a un recurso efectivo un triple sentido: como derecho sustantivo[23], como derecho habilitante[24] y

---

20. Sobre la vinculación de consecuencias jurídicas a las recomendaciones, cfr. Liñán Nogueras, Diego J., «Capítulo 17. Sistema de normas y actos en la Unión Europea (II)», en Mangas Martín, Araceli y Liñán Nogueras, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2024, pp. 436 y 437.

21. La voluntad de incorporar las *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a una Justicia adaptada a los niños* ya la expresó la Comisión en el documento titulado «Una agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño», COM (2011) 60 final.

22. La información y los documentos relativos al proyecto de Observación General N.º 27 del Comité de los Derechos del Niño pueden obtenerse en: https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/draft-general-comment-no-27-childrens-right-access.

23. Como derecho sustantivo indica que el niño es *titular pleno de derechos*, condición que no solo debe ser reconocida por el Estado, sino que además este tiene el deber de respetar, proteger y hacer efectivos, significando esto último que la reparación debe ser efectiva.

24. Como derecho habilitante ha de situar al niño en una *posición para reclamar todos los derechos* contenidos en el Convenio.

como derecho procesal. El postulado más importante de este último derecho estriba en que los procesos estén basados en los derechos del niño. Procesos que comprenden vías y mecanismos judiciales y no judiciales, desde procesos ante tribunales civiles, a mecanismos internos de denuncia dentro de la administración pública o mecanismos de reclamación del sector empresarial, pasando por otros que son propios de determinadas culturas como los sistemas de justicia consuetudinarios, incluyendo a las denominadas comisiones de la verdad y la reconciliación, así como, las distintas vías alternativas de resolución de conflictos. En último término, cabe advertir que muchas de sus recomendaciones tienen como destinatarios los niños víctimas o testigos de delitos.

La propia Observación nos facilita la selección al guiar hacia aquellos aspectos que tienen una especial transcendencia para el proceso civil. Y lo hace identificando cuáles son los obstáculos a los que los niños deben hacer frente para acceder a la Justicia y a un recurso efectivo. Ninguno de ellos nos es desconocido, pues, son una reiteración de los señalados en los instrumentos tanto del Consejo de Europa como de la UE. En efecto, se trata de los obstáculos que emergen de la falta de conocimiento de sus derechos, los que derivan de haber de entrar en un sistema judicial diseñado para adultos, los que surgen de las restricciones asociadas a su minoría de edad que limitan su capacidad, los que genera la inexistencia de procedimientos adaptados, los asociados a su dependencia de los adultos para obtener apoyos y los basados en sus limitaciones financieras.

En el marco de este trabajo, hemos de destinar algunas líneas a las propuestas de la Observación cuyo objetivo es mitigar el obstáculo que es la edad del menor para su participación en el proceso. Según se explica en el ap. 29, frente a la falta de capacidad para presentar una demanda, la solución común de la mayoría de los ordenamientos jurídicos reside en la dependencia del niño respecto de los adultos, progenitores o tutores, ya que han de actuar en su nombre. Esta medida puede no ser aplicable en aquellas situaciones en las que los titulares de la potestad no estén en condiciones de desempeñar ese papel o no quieran presentar la demanda o tengan un conflicto de intereses con el niño. La reacción jurídica habitual cuando se plantea alguna de las referidas situaciones, u otra similar, es la previsión de una norma que autoriza a la autoridad judicial para nombrar una persona adecuada que actúe a efectos del litigio en interés del niño. Ahora bien, en el apartado siguiente, el 30 el Comité subraya la importancia de que existan mecanismos judiciales y no judiciales a los que los niños puedan acceder directamente, sin el consentimiento de los padres o tutores, teniendo en cuenta la madurez y el interés superior del niño.

Finalmente, debe recordarse que el acceso directo de los niños a los organismos públicos, entre los que se incluyen los tribunales de justicia, entendido

como un elemento que integra el núcleo del derecho del niño a que su interés superior sea de una consideración primordial ya ha sido defendido por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General Nº 14 (2013)[25]. Constituye un claro ejemplo de dicha posición el contenido de su punto 29: «En la vía civil, el niño puede defender sus intereses directamente o por medio de un representante, como en el caso de la paternidad, los malos tratos o el abandono de niños, la reunión de la familia y la acogida. El niño puede verse afectado por el juicio, por ejemplo, en los procedimientos de adopción o divorcio, las decisiones relativas a la custodia, la residencia, las visitas u otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niño, así como en los procesos por malos tratos o abandono de niños. Los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente».

III. Medidas de protección

Como ya se ha indicado, las medidas del art. 158 CC decretadas por la Ley 11/1981 pretendieron dar una respuesta a las situaciones de desprotección en las que podían encontrarse los hijos y las hijas menores de edad como consecuencia, por ejemplo, de la ausencia de progenitores, de supuestos de crisis matrimoniales o familiares o del ejercicio defectuoso de la patria potestad. Este encuadramiento de su ámbito de aplicación estaba en armonía con el hecho de ser el art. 158 CC un precepto que formaba parte, y todavía mantiene este estatus, del régimen jurídico de las relaciones paterno-filiales, en concreto, de sus disposiciones generales. Su progresiva ampliación obedece, a nuestro parecer, al hecho de ser las vías procesales civiles a las que remite el art. 158 CC, a saber, los «incidentes cautelares» y los expedientes de jurisdicción voluntaria, vías especialmente idóneas para proteger al menor apartándole de un peligro o evitándole que se le causen perjuicios con celeridad y respetando las esenciales garantías procesales.

1. Medidas atípicas y medidas específicas

El art. 158 CC no ha utilizado durante su vigencia la misma técnica legislativa para determinar qué medidas de protección pueden ser adoptadas en el curso de los procedimientos a los que remite. En sus primeras versiones, las medidas

25. Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de 29.5.2013. Este documento puede consultarse en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11.

a adoptar eran identificadas de manera muy laxa a través de las características que éstas debían reunir. Por el contrario, en las versiones más recientes el legislador altera su técnica y va aumentando el número de medidas específicas o nominadas. Cabe sostener que este cambio es debido, en parte, a la función preventiva de la comisión de hechos delictivos que puede desempeñar la jurisdicción civil.

Se inicia la relación de medidas con la referencia a las *convenientes* para asegurar la prestación de alimentos al hijo y proveer sus futuras necesidades, en caso de incumplimiento de ese deber por sus progenitores. El objetivo que se pretende conseguir supone que la medida, en la que normalmente se piensa, sea la prestación de una fianza y, si no se afianza el pago, cabe proceder al embargo preventivo de bienes (art. 727. 1ª LEC). No obstante, hay otras medidas que el tribunal ha de tener en cuenta y valorar la oportunidad de su aplicación. Determinadas normas previstas en el CC ofrecen unas pautas que le han de permitir seleccionar con acierto la medida conveniente en cada supuesto. Por ejemplo, el art. 103 CC contiene un elenco de medidas provisionales que se adoptan una vez se ha admitido la demanda. Si la medida estriba en fijar la cantidad de dinero con la que ha de contribuir cada cónyuge a las cargas del matrimonio, aquella suele ir acompañada de las garantías, depósitos y retenciones a fin de asegurar la efectividad del pago. De suerte que, junto con las circunstancias propias de cada caso, la documentación incluida en las actuaciones suele proporcionar información muy útil a la hora de seleccionar la concreta medida a adoptar[26].

A las anteriores le siguen las medidas *apropiadas* a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los supuestos de cambio de titularidad de la potestad de guarda. Partiendo del hecho de que la guarda no siempre la ostentarán los progenitores, sino que puede ser realizada mediante acogimiento familiar o residencial acordado por la Entidad Pública competente (arts. 172 ter, 173 y 173 bis CC), por un guardador de derecho determinado en las medidas provisionales o previas a la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio (arts. 103 y 104 CC) o incluso un guardador de hecho (art. 237 CC), la medida a adoptar diferirá según los caracteres de la guarda y las circunstancias que la rodean[27]. También en este contexto de protección, el CC guía al Juez

---

26. Cfr. Pérez Vallejo, Ana Mª, «Comentario al artículo 158 CC», ob. cit., pp. 536 y 537; Múrtula Lafuente, Virginia, El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género, Madrid, Dykinson, 2016, p. 68; y Herrero Oviedo, Margarita, «Comentario al artículo 158 CC», en Cañizares Laso, Ana (dir.), Comentarios al Código Civil, T. I (arts. 1 a 267), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 1291.

27. Por ejemplo, el imprescindible cambio de titular de la potestad de guarda, a raíz de la tramitación del procedimiento de privación de la patria potestad y la constitución de la tutela ordinaria, puede dejar al menor desprotegido o desamparado, de modo, que una medida apropiada acordada sobre la base del art.158 CC sería la atribución a los guardadores de hecho de la representación legal mientras se sustancia el proceso principal. Vid. en este sentido, la

hacia aquellos actos procesales previos en los que puede hallar el fundamento de su decisión. Por ejemplo, puede extraer la concreta medida a adoptar y su fundamento jurídico del art. 92.10 CC. Este precepto, regulador de algunos efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, ordena al Juez que, al establecer el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, prevea las «cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos»[28].

Inmediatamente después, el art. 158 CC se refiere a las medidas *necesarias* para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas, en particular: la prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; la prohibición de expedición del pasaporte al menor; la retirada del pasaporte al menor si ya se hubiere expedido y el sometimiento, de cualquier cambio de domicilio del menor, a autorización judicial previa. Son, en palabras de la Exposición de Motivos de la LO 9/2002, medidas cautelares que en el ámbito civil van a poder evitar las sustracciones o retenciones ilícitas de menores, llevadas a cabo en contra de la voluntad, o sin el conocimiento, del otro progenitor o de quien ostente la guarda.

La sustracción de menores puede tener carácter internacional cuando el traslado o la retención conculcan el derecho de custodia y visita atribuido, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual, inmediatamente antes de ser desplazado. Además, se requiere que el derecho de custodia se estuviera ejercitando de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se hubiera podido ejercitar de no haberse producido dicho traslado o retención. Esta es la noción de sustracción internacional con la que se delimita la aplicación tanto del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (art. 3), como del Reglamento Bruselas II ter (art. 2.2, 11). La presencia del elemento internacional en el supuesto de hecho puede influir en la percepción del nivel de riesgo comportando, por ejemplo, la restricción del régimen de visitas del progenitor domiciliado en el extranjero[29].

Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado, de 16.11.2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, p. 15.

28. Cfr. Santana Páez, Emelina, «El interés superior del menor en los procesos de familia tras la reformas introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la Ley 8/2021 de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en Delgado Martín, Joaquín (coord.), La participación del menor en el proceso judicial, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2022, pp. 49-53.

29. Vid. Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, Derecho Internacional Privado, 12ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 445 y 446. En dicha obra, los autores comentan una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona en la que, basándose en no tener el padre de la menor un domicilio en España, no

Debe puntualizarse, no obstante, que la noción de sustracción internacional que es manejada por los instrumentos normativos mencionados en el párrafo anterior no coincide plenamente con la que subyace en la redacción del art. 158.3 CC que es más amplia, pues, con arreglo a esta última, la medida de protección puede adoptarse para evitar que el menor sea sustraído por el progenitor custodio[30].

Con respecto a la medida que consiste en prohibir un cambio del lugar en el que reside el menor, a no ser que se obtenga la previa autorización judicial, cabe señalar que tiene su base jurídica en la inclusión de la facultad de decidir el lugar de residencia habitual de los hijos e hijas menores de edad en el contenido de la potestad que, por regla general, corresponde a ambos progenitores. Es decir, en supuestos de nulidad, separación o divorcio, el progenitor custodio no puede fijar de manera unilateral la residencia habitual del menor[31].

No puede negarse que mediante las anteriores medidas se vela por el respeto del derecho a la guarda y custodia, al igual que por el derecho de visita, cuya titularidad corresponde a los progenitores, tutores o guardadores de hecho, así como, se asegura la obediencia a una previa resolución judicial. Sin embargo, con ellas también se procura la salvaguarda del bienestar físico y la estabilidad emocional del menor de los que goza en el Estado de su residencia habitual, ya que el desplazamiento ilícito siempre va a dar lugar a un conflicto en el que inevitablemente estará involucrado. A lo que cabe añadir que la sustracción puede tener como destino países que debido a su legislación, tradiciones, cultura o religión, conviertan en imposible su restitución y el restablecimiento de los derechos de custodia. Las probabilidades de que se den estos resultados aumentan, particularmente, si esos países no son Estados miembros de la UE ni Partes contratantes de los Convenios de la Haya de 25 de octubre de 1980 y de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reco-

---

estima conveniente fijar a su favor un régimen que le permita visitar a su hija (SAP, Sec. 12ª, de Barcelona 611/2009, de 29.9.2009 (ECLI:ES:APB:2009:8871). A su entender, si bien la decisión es comprensible, debería haber ponderado el interés de la menor consistente en tener la oportunidad de relacionarse tanto con la madre como con el padre. Derecho fundamental reconocido por el TEDH (STEDH 30.9.2008 Koons c. Italia). Desde esta perspectiva, una medida más ajustada al principio de proporcionalidad hubiera sido la de otorgar un régimen de visitas que solo pudiera ejercitarse en territorio español.

30. Sobre el concepto de «sustracción parental», vid. Vidal Fernández, Begoña, «La sustracción parental transfronteriza en el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 Bruselas II-ter, de 30 de junio», en Jimeno Bulnes, Mar y Tinoco Pastrana, Ángel, El derecho procesal civil y penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 182-186.

31. Con arreglo a lo dispuesto por el art. 154 CC, la patria potestad comporta una responsabilidad parental que encierra deberes y facultades que han de ejercerse en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Entre las facultades, el precepto citado recoge, expresamente, la consistente en decidir el lugar de la residencia habitual de la persona menor de edad que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

nocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños[32].

Un siguiente grupo de medidas típicas previstas en el art. 158 CC son las *prohibiciones* que pueden ser impuestas a los progenitores, tutores, otros parientes o terceras personas de aproximarse al menor, acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, así como, de comunicarse con el menor, impidiendo el contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad. Ya ha sido expuesto que mediante las anteriores prohibiciones se incorporan al art. 158 CC unas medidas que, al ser restrictivas de libertad, eran consideradas por nuestro ordenamiento jurídico como la reacción que debía desencadenarse ante la comisión de unos hechos de naturaleza delictiva, de modo que se configuraban como medidas cautelares personales, y como penas, que solo podían acordarse en un proceso penal.

Las últimas medidas que han sido introducidas en el art. 158 CC son también de carácter determinado y consisten en la *suspensión cautelar* tanto del ejercicio de la potestad y/o de la guarda y custodia, como del régimen de visitas y comunicaciones establecido en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado. Se trata de una modificación operada por la LO 8/2021 mediante la que, de un lado, otorga el carácter de típicas a unas medidas que ya eran adoptadas con base en la cláusula de cierre del art. 158 CC y, de otro, se alinea con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito que, con el fin de proteger a los menores que viven en un ambiente de violencia doméstica y de género, establecen medidas de carácter civil[33].

Termina el art. 158 CC con la referida fórmula abierta y de cierre según la cual el Juez podrá acordar «cualquier otra que se estime oportuna con el fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios que puedan emanar

---

32. Cfr. Múrtula Lafuente, Virginia, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género,* ob. cit., pp. 71 y 72.

33. En los arts. 65 y 66 de la LO 1/2004 se prevé que el Juez podrá suspender, para el inculpado por violencia de género y respecto de los menores que dependan de él, el ejercicio de la patria potestad, guarda o custodia y el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación. Ambos preceptos fueron reformados por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Por su parte, la Ley 4/2015 introdujo en la LECrim el art. 544 quinquies, precepto que autoriza al Juez o Tribunal que tramite un proceso penal a adoptar motivadamente aquellas suspensiones cuando resulte necesario para proteger a la víctima menor de edad. Sobre la protección de la integridad física y psíquica de los menores mediante la adopción de medidas de carácter civil, vid. nuestro estudio Serrano Masip, Mercedes, «Medidas de protección de las víctimas», en De Hoyos Sancho, Montserrat (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 162-167.

de su entorno familiar o de terceras personas». Es una proposición que, con la salvedad de alguna modificación cuyo objetivo estriba en precisar el ámbito interpersonal generador del riesgo para el menor, no se ha alterado desde 1981. En ella se ha apoyado el Juez para acordar medidas de protección innominadas que las reformas posteriores del art. 158 CC las han convertido en típicas[34].

2. Naturaleza, caracteres y presupuestos

Partiendo de la razón de ser del art. 158 CC, las medidas tanto atípicas como específicas que pueden acordarse a su amparo tienen naturaleza tuitiva. Sirven para proteger al menor, apartándole de un peligro o evitándole un perjuicio, que pueden ocasionarle los titulares de la potestad, sus tutores, la Entidad Pública que ostente su tutela o guarda, familiares u otras personas allegadas.

Se ha señalado que son medidas excepcionales, compatibles con las medidas previas a la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 104 CC), con las provisionales (art. 103 CC) y que responden a una necesidad de actuación urgente e inaplazable ante un cambio de circunstancias[35].

Cuando se adoptan «dentro de un proceso civil», proceso que será en la gran mayoría de los casos alguno de los especiales contemplados en el art. 748 LEC, a la naturaleza tuitiva ha de sumarse la que le corresponde como medida cautelar. Ello significa que, en defecto de norma específica, se les ha de aplicar el régimen jurídico general establecido en los arts. 721 a 747 LEC. En cualquier caso, no pueden dejar de tener los caracteres esenciales de las medidas cautelares, es decir, la jurisdiccionalidad, la instrumentalidad y la provisionalidad. Con arreglo a esta última, las medidas cautelares al no ser autónomas o no constituir un fin en sí mismas, solo pueden existir mientras se esté tramitando el proceso principal. Una vez dictada sentencia, o se ponga fin al proceso de otro modo, las medidas adoptadas quedarán sin efecto, pues, deben alzarse en todo caso, pudiendo ser sustituidas por las que se acuerden de manera definitiva. No obstante, la naturaleza tuitiva de las medidas del art. 158 CC ha de matizar el alcance de la provisionalidad ya que, a nuestro entender, les debería ser aplicable la norma contenida en el art. 69 LO 1/2004 que prevé, respecto de las medidas de protección y seguridad, el mantenimiento de oficio de sus efec-

---

34. Cfr. Boado Olabarrieta, Maria, «La privación de la patria potestad como medida penal y civil», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 47, 2019, pp. 75 y 76.

35. Cfr. Múrtula Lafuente, Virginia, El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género, ob. cit., pp. 67 y 68.

tos tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que se interpusieren[36].

De lo que no cabe dudar es que el tenor literal del art. 158 CC impone que las medidas solo puedan acordarse una vez se haya iniciado el proceso civil y otorga al Juez el poder de dirección material para adoptarlas de oficio. Ninguna referencia se efectúa a la exigencia de prestar caución o fianza por el menor o cualquier pariente como presupuesto para que sea estimada su solicitud o para que se requiera su cumplimiento. Los interrogantes que sobre este tema puedan surgir han de hallar su respuesta en aquellos procesos especiales a los que dirige el fundamento del art. 158 CC. En concreto, cabe colmar esa laguna mediante la aplicación, por ejemplo, de las normas del art. 768.3 LEC relativas a la adopción de medidas cautelares en los procesos de filiación, paternidad y maternidad, según las cuales para la adopción de medidas cautelares en los procesos de filiación, maternidad y paternidad podrá no exigirse caución a quien las solicite. Igualmente, acudiendo a dichas normas puede determinarse que las medidas del art. 158 CC han de adoptarse, con carácter general, previa audiencia de la persona afectada. No obstante, en casos de urgencia se podrán acordarse sin más trámite, posponiendo la celebración del trámite contradictorio.

Cuando se incoe un expediente de jurisdicción voluntaria, la medida que se adopte no tendrá la naturaleza de medida cautelar[37], pues, será objeto de la petición principal de la solicitud presentada. Las normas procesales y los trámites que han de sustanciarse para su adopción están establecidos en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV). En primer lugar, hay que acudir a los arts. 87 a 89 pues son los preceptos especialmente concebidos para hacer posible la adopción medidas de protección del menor, cuando se constata un ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de sus bienes, entre las que quedan comprendidas las establecidas en el art. 158 CC[38]. El régimen jurídico procesal que aquellos preceptos instauran es incompleto ya que se limitan a fijar la competencia objetiva y territorial del tribunal ante el que debe presentarse la solicitud (art. 87.2), la legitimación para incoar el expediente (art. 87.3) y el contenido de la resolu-

---

36. SAP de Madrid, Sec. 27ª, núm. 64/2010, de 2 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:APM:2010:13165) y SAP de Málaga, Sec. 7ª, núm. 70/2011, de 20 de octubre de 2011 (ECLI:ES:APML:2011:206)

37. Cfr. Banacloche Palao, Julio, «El procedimiento adecuado en los casos de desacuerdo de los progenitores sobre decisiones relativas a sus hijos menores: jurisdicción voluntaria, modificación de medidas y art. 158 CC», en Banacloche Palao, Julio (dir.), Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 429 y 430.

38. Dichos preceptos forman parte de la Sección 3ª titulada «De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad», del Capítulo II dedicado a la «Intervención judicial en relación con la patria potestad», inserto en el Título III que se ocupa «De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia».

ción mediante la que se acuerda una medida (art. 88). Por consiguiente, en segundo lugar, dicho régimen jurídico deberá integrarse con las disposiciones de la LJV situadas en sede de intervención judicial en relación con la patria potestad, así como, con las disposiciones de tramitación comunes a todos los incidentes de jurisdicción voluntaria, gracias a las cuales se concretará el alcance de la intervención del menor, sus facultades y cargas procesales.

En cambio, los presupuestos materiales de la adopción de las medidas del art. 158 CC pueden de extraerse de dicho precepto y son, esencialmente, tres: el *periculum in damnum*, el interés superior del menor y la proporcionalidad de la medida.

Entendemos por *periculum in damnum* la existencia de un riesgo objetivo que se expresa en el hecho de que el menor se halla en una situación de peligro o con probabilidades de sufrir un perjuicio. Ya se han indicado en el epígrafe II los diversos tipos de riesgos que de manera expresa se recogen en el art. 158 CC. El sujeto solicitante de la medida deberá alegar y aportar pruebas sobre cuál es el concreto riesgo que deja desprotegido al menor. Asimismo, deberá acreditar quien es la persona responsable de crear el riesgo, en particular cuando la medida a adoptar pueda limitarle el ejercicio de derechos fundamentales. Finalmente, deberá justificar que existe un interés del menor que es prioritario respecto de otros intereses legítimos que puedan concurrir en el supuesto de hecho. Si bien, en algún tipo de medida, como pueden ser las adecuadas para evitar la sustracción de los hijos menores, junto al interés superior del menor deberá acreditarse el *fumus boni iuris* como situación jurídica cautelable del titular del derecho a decidir acerca del domicilio de aquellos.

La carga de alegar los hechos relevantes en los que el solicitante funda su petición y de acreditarlos está muy matizada por el interés público que rige la materia y que comporta que los trámites estén informados por el principio de oficialidad e investigación de oficio. Sus postulados se dejan sentir desde el inicio de los trámites, tanto en procesos de jurisdicción contenciosa como en expedientes de jurisdicción voluntaria, que puede tener lugar de oficio, así como, en que el Juez tiene iniciativa para introducir hechos y ordenar la práctica de medios de prueba (arts. 752 LEC y 5 LJV). Asimismo, la intervención del Ministerio Fiscal responde a la presencia del interés público que ha de defender promoviendo la acción de la justicia (art. 124.1 CE, art. 749 LEC y arts. 4 y 87.3 LJV)[39]. La misión de ambos órganos responde a un carácter finalista, esto es, la protec-

39. El alcance de las intervenciones del Ministerio Fiscal fundadas en la legitimación que le concede el art. 158 CC es expuesto, entre otras, en las Circulares de la Fiscalía General del Estado 8/2011 ya citada *supra*; 6/2015, de 17.11.2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y 2/2016, de 24.6.2026, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.

ción del menor. Sus manifestaciones procesales son múltiples, aunque cabe destacar, por ejemplo, las audiencias que han de mantener con el menor el Juez y el Ministerio Fiscal puesto que suelen constituir la actuación procesal clave para poder percibir si aquel se halla en la situación de riesgo o de desprotección[40].

3. Motivación de la decisión que adopta la medida. Interés superior del menor y proporcionalidad

Tomada la decisión de proteger al menor con medidas restrictivas de derechos fundamentales cuya titularidad corresponde a otras personas, debía advertirse que la colisión entre estos derechos y el interés superior del menor debe resolverse mediante la técnica de la ponderación que estriba en hallar el punto justo de equilibrio entre esos valores opuestos en el caso concreto. Por esta razón, el art. 158 CC, en sus apartados 4º y 5º, prevé que las medidas restrictivas de derechos fundamentales que se acuerden deban ser respetuosas con el principio de proporcionalidad. Ello implica que habrán de exponerse los argumentos que justifiquen, por ejemplo, que el valor libertad de circulación de una persona ha sido restringido en el grado necesario para que sea efectiva la protección del menor. O, en otras palabras, que de la ponderación del derecho a la libertad de circulación y el interés superior de menor este último es más digno de protección. Argumentos que deberán detallar, de acuerdo con la doctrina del TC[41], que la concreta medida acordada ha superado: el *juicio de idoneidad*, pues es apropiada para el fin de que se pretende; el *juicio de necesidad*, ya que aquella no puede ser sustituida por otra igualmente eficaz que limite el derecho fundamental de manera menos gravosa y el *juicio de proporcionalidad* en sentido estricto, que permite concluir que el sacrificio del derecho fundamental guarda una relación razonable con la importancia del interés del menor que se trata de proteger.

Según el Comité de los Derechos del Niño[42], el interés superior del menor tiene tres dimensiones: como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento. En el momento de la decisión sobre la solicitud de adopción de una medida de protección al amparo del art. 158 CC, pero también en el momento de admitir su solicitud, el Juez deberá atender a todas ellas. El interés superior al ser un derecho sustantivo cuya titulari-

---

40. La inexistencia de una situación de desprotección, verificada gracias a las entrevistas de la menor con el Ministerio Fiscal, es el motivo por el que se acuerda, no adoptar ninguna medida regulada en el art. 158 CC, en el Auto 145/2021del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, núm. 2 de Tafalla, de 8.6.2021 (ECLI:ES:JPII:2021:290A).

41. Vid. por todas, STC, Sala Segunda, 54/2025, de 10 de marzo.

42. Vid. Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de 29.5.2013. Este documento puede consultarse en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11.

dad pertenece al menor es de aplicación directa y ha de ponerse en práctica siempre que haya de adoptar una resolución que le afecte. En su dimensión interpretativa, genera en el Juez el deber de elegir el criterio hermenéutico de la norma a aplicar que satisfaga de manera más efectiva el interés superior. Y, por último, como norma no solo de procedimiento sino también de decisión, el Juez en sus pronunciamientos ha de poner explícitamente de relieve que ha respetado el interés superior del menor, cómo lo ha efectuado, qué elementos ha tomado en consideración y de qué manera ha ponderado ese interés frente a otras consideraciones fácticas o jurídicas[43].

IV. Intervención del menor en la adopción de medidas de protección en procesos de jurisdicción contenciosa y en expedientes de jurisdicción voluntaria

1. Reglas generales

La finalidad de las medidas que pueden ser adoptadas con base en el art. 158 CC, su contenido y cómo han de prestar los órganos jurisdiccionales la protección a los menores para apartarlos de posibles peligros y evitarles perjuicios originados en el seno de las relaciones paternofiliales, entornos familiares y de relación con terceras personas, de cuya probabilidad hay indicios suficientes, tienen una innegable influencia no solo sobre la determinación del tipo de procedimiento que ha de tramitarse, sino también por lo que respecta a los concretas instituciones procesales a aplicar.

Las dos únicas referencias expresas a la intervención procesal del menor en el marco del art. 158 CC son su iniciativa para poner en marcha los distintos trámites y su derecho a ser oído. Seguramente esta escasa regulación obedece a la existencia de normas procesales en distintos textos legales que centran su ámbito subjetivo de aplicación en el menor. A ellas debe acudirse en orden a fijar qué actos procesales puede realizar el menor en el marco del art. 158 CC. No hallaremos en ellas todas las respuestas; habremos de continuar teniendo como guía el principio del interés superior del menor, pues, como se ha afirmado es el criterio que permite establecer las características de la intervención del menor en un proceso judicial[44].

---

43. Un análisis exhaustivo del interés superior del menor puede encontrarse en González García, Jesús M.ª, «La protección de los derechos fundamentales de los menores en los procesos civiles: ¿un régimen especial?», en Banacloche Palao, Julio (dir.), *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 314-322.

44. Vid. Delgado Martín, Joaquín, «Un proceso amigable y adaptado a las necesidades de las persones menores de edad», en Delgado Martín, Joaquín (coord.), La participación del menor en el proceso judicial, 1ª ed., Las Rozas, La Ley, 2022, p. 24.

Aun cuando el menor sea uno de los designados para solicitar la adopción de alguna de las medidas del art. 158 CC y, por tanto, sea parte en el procedimiento, si no está emancipado, de acuerdo con lo previsto en el art. 7.2 LEC, no tiene capacidad procesal, de modo que deberá comparecer y actuar en el proceso mediante su representante legal. Esta representación se ejercerá por sus progenitores o tutores, pero si tuviera conflicto de interés o discrepancia con ellos, deberá serle nombrado un defensor judicial (art. 2.5 c LO 1/1996, arts. 235 y 236 CC y art. 8 LEC). Esta es una de las causas del nombramiento al menor de un defensor judicial, pero no la única, pues también procede cuando los progenitores o el tutor se hallan en ignorado paradero y no haya motivo racional bastante para creer próximo su regreso; se niegan a asistir en juicio al menor o se hallan en una situación de imposibilidad de hecho para la representación y asistencia en el proceso (art. 27.2 LJV).

La iniciativa que el art. 158 CC otorga al menor se ha identificado con la legitimación, esto es con la titularidad del derecho, en este caso, de los derechos derivados de la relación paterno filial o de la relación de parentesco. Sin embargo, cabe entender que si a lo que se refiere el art. 158 CC es a la legitimación no era necesario que se hiciera constar de manera expresa. Es razonable sostener que pudiera estar aludiendo al reconocimiento de un cierto grado de capacidad procesal o, en otras palabras, de una margen de intervención autónoma del menor en el proceso civil[45].

Dejando a un lado por unos momentos las normas del art. 158 CC, resulta innegable que la falta de capacidad procesal del menor conlleva que la defensa de sus intereses en juicio dependa de la actuación diligente de sus representantes legales. Lamentablemente la conducta procesal de estos últimos no siempre es responsable generándole al menor perjuicios que podrían haberse soslayado si se le hubiera reconocido la capacidad de realizar válidamente algunos actos procesales. Podremos un ejemplo extraído de la jurisprudencia, en concreto de una sentencia dictada por una Audiencia Provincial[46]. Esta resolución confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que estima la demanda presentada por un hospital y condena a la parte demandada, un menor de

45. La amplitud de la intervención autónoma del menor de edad no emancipado, en un sistema que no le reconoce capacidad procesal y por tanto no puede actuar válidamente en los procesos civiles sin la representación, asistencia o autorización exigidas por la ley, ha sido examinada por Pérez Aguilera, Luis Miguel, «La intervención de los menores en procesos civiles y la defensa de sus intereses», en Banacloche Palao, Julio (dir.), Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 241-274. Por otro lado, desde la perspectiva de la revisión del sistema, se ha propuesto sobre la base del interés superior del menor y de su derecho a la tutela judicial efectiva, atribuirle, en función de su madurez, capacidad procesal. Vid. al respecto, Contreras Rojas, Cristian, «La capacidad procesal de niños, niñas y adolescentes: hacia su reconocimiento amplio y efectivo», La Ley Derecho de Familia. *Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 13, 2017, pp. 1-13.

46. SAP de Madrid, Sec. 20ª, núm. 386/2024, de 31 de octubre de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:15609).

edad, a abonar 3.500 €, lo que, además, conlleva que se le impongan las costas en primera y segunda instancia.

El asunto es el siguiente: el menor de edad recibe una atención médica en un centro hospitalario y este emite la factura de sus servicios a nombre del menor de edad. No es pagada y el hospital incoa un proceso de reclamación de cantidad. Presentada la demanda, no es contestada, se declara al menor en rebeldía y se le condena al pago de la cantidad reclamada. Los representantes del menor, sus progenitores, sí comparecen en segunda instancia e interponen recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primera instancia alegando, como defensa procesal, la falta de legitimación pasiva del menor. Obviamente, el tribunal de apelación responde que el menor sí tiene legitimación, es el paciente, la factura está a su nombre, es el titular de la obligación, es el deudor, por lo que es demandado. No obstante, para el derecho procesal tiene capacidad para ser parte, pero no procesal lo que implica que no puede realizar válidamente actos procesales y que está obligado a comparecer en el proceso representado por quienes ejerzan su representación. Por esta razón, la Audiencia Provincial resalta que sus progenitores debían haber contestado a la demanda personándose en el proceso e incluye en su razonamiento que la notificación de la demanda y el emplazamiento al menor los recoge la madre, cumpliéndose lo dispuesto en el art 161.3 LEC —notificación de la demanda en el domicilio del demandado siendo entregada a un familiar mayor de 14 años con el que aquel convive—. Ni la madre ni el padre comparecieron en primera instancia como representantes legales, ni realizaron actuación alguna.

Hemos expuesto un caso real que no debe ser subestimado ya que su utilidad para una reflexión, al menos en un plano teórico, es muy clara[47]. Y debemos comenzar por reparar en el derecho sustantivo puesto que es el que reconoce derechos a los menores para ser ejercitados extrajudicialmente. Solo nos referiremos a dos normas que podrían haber sido de aplicación en dicho caso. La primera es el art. 164 CC, precepto que tras establecer que los progenitores han de administrar los bienes de sus hijos menores con la misma diligencia que los suyos propios, exceptúa de este deber la gestión ordinaria de los bienes que el hijo menor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria al corresponder dicha gestión a este último. La segunda norma es el art. 9. 4 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*. En dicho precepto se establece una excepción a la regla del otorgamiento del consentimiento por representación cuando el paciente sea un

47. Cfr. Pérez Aguilera, Luis Miguel, «La intervención de los menores en procesos civiles y la defensa de sus intereses», ob. cit., p. 246 quien alerta sobre la posibilidad de que una deficiente representación legal del menor pueda dar lugar a un enjuiciamiento en rebeldía.

menor, según la cual los menores emancipados o mayores de 16 años, respecto de los que no se haya adoptado medidas judiciales de apoyo, prestarán el consentimiento por sí mismos.

A la vista del caso descrito y las reflexiones efectuadas, es razonable concluir que la regulación de la capacidad procesal respecto de los menores de edad en el art. 7 LEC presenta ciertas asimetrías con la capacidad de obrar que el derecho sustantivo reconoce a los menores en función de su aptitud intelectual y emocional para comprender hechos y asumir las consecuencias derivadas de sus decisiones. Esta brecha entre derecho sustantivo y procesal debería intentar reducirse, sobre todo teniendo en cuenta que no es una idea desconocida por nuestro ordenamiento jurídico.

Sucintamente, porque se aparta del estricto objeto de este trabajo, debemos aludir al primer apartado del art. 18 de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (en adelante, LJCA) que otorga «capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo», además de a las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, a «los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela». Estimamos que la razón de ser de esta norma no es otra que la adecuación de las instituciones procesales a la norma sustantiva con el fin de que el proceso sea el instrumento adecuado para la aplicación del derecho objetivo a casos concretos.

Así, el art. 18 LJCA está necesariamente conectado con el art. 3 de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* que otorga «capacidad de obrar» ante las Administraciones Públicas a «los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela» y, a su vez, este precepto general enlaza con normas especiales, por ejemplo, con el art. 44 de *la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria* que reconoce capacidad de obrar en el orden tributario a los menores de edad en las «relaciones tributarias derivadas de las actividades cuyo ejercicio les esté permitido por el ordenamiento jurídico sin asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela, curatela o defensa judicial». En definitiva, son tres preceptos que forman parte de un sistema en el que, por ejemplo, se ha basado un tribunal del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a la hora de resolver un recurso ante el planteado declarando que «la posición de la madre, entablando este recurso, lo es en defensa de un interés que no es el

propio y representando a un hijo suyo, menor de edad que no lo necesita (no consta acreditada su incapacidad), y por ello no ostenta un interés legítimo»[48].

Pues bien, las modificaciones del art. 158 CC y de otros preceptos del CC por la LO 8/2021 pueden ser interpretadas en el sentido de que no solo pretenden reforzar el alcance del derecho del menor a ser oído, sino que muestran el propósito de facilitarle una intervención autónoma en la jurisdicción civil, de modo similar a la que gozan en la contencioso-administrativa. La norma que inserta en el art. 158 CC es bastante escueta: «la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma». Más amplia es la norma que figura en el art. 154 CC, con arreglo a la cual si los hijos e hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar en un proceso civil, contencioso o de mutuo acuerdo, decisiones que les afecten. A este deber añade unos requerimientos mínimos a la audiencia, que ha de tener lugar en condiciones idóneas, empleando términos accesibles, comprensibles y adaptados a la edad, madurez y circunstancias de los hijos e hijas, así como recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

No obstante, el texto legal que con más extensión desarrolla el derecho del menor a ser informado, ser oído y a participar en un proceso es la LO 1/1996, en concreto sus arts. 2.5 y 9. Partiendo del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, la citada ley pone énfasis, en primer lugar, en la forma en que aquel ha de recibir la información de la que depende la efectividad de los derechos a ser oído y a participar en el juicio. Deberá ser en un lenguaje comprensible, en formato accesible y adaptado a sus circunstancias. Recibida la información, el menor ha de ser oído y, además, cuando tenga la madurez suficiente, de forma directa[49]. Lo que no es contrario a que pueda estar asistido por profesionales cualificados o expertos. Por otro lado, su derecho a la infor-

---

48. STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sec. 3ª, núm. 834/2018, de 26 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TSJCL:2018:3630). La relevancia del art. 18 LJCA para la intervención del menor de edad en el proceso contencioso-administrativo también ha sido abordada por la STC, Sala Primera, 183/2008, de 22 de diciembre de 2008. Aun cuando deja bien claro que la cuestión acerca de si los menores tienen capacidad directa ex art. 18 LJCA, para actuar en juicio sin que sea necesario suplirla a través del nombramiento de defensor judicial, es un tema de mera legalidad ordinaria, recoge de manera expresa en su f. j. 4ª que el Juzgado de lo Contencioso-administrativo reconoció al menor demandante en amparo capacidad procesal para impugnar la resolución administrativa, pero ante el conflicto de intereses del menor con el órgano de tutela que había instado la repatriación, le nombró a instancia del Ministerio Fiscal un defensor judicial. Vid. el comentario a la STC 183/2008 realizado por Contreras Rojas, Cristian, «La capacidad procesal de niños, niñas y adolescentes: hacia su reconocimiento amplio y efectivo», ob. cit., p. 7.

49. Según dispone el art. 9.2 LO 9/1996 «la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos».

mación ha de manifestarse durante todo el procedimiento, haciéndole comprender tanto lo que se le pregunta como las consecuencias de su opinión.

El derecho a recibir información directamente, sin que le sea transmitía a través de su representante legal, y a participar también directamente en el proceso, como primera manifestación del derecho a ser oído, se hallan en consonancia con lo dispuesto en el art. 2.1 LO 1/1996 con arreglo al cual las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán restrictivamente y siempre velando por el interés superior del menor.

Las comparecencias en las que intervenga el menor deberán tener carácter preferente, debiendo preservar su intimidad. Se prevé que en ellas participen los progenitores, tutores o representantes del menor o un defensor judicial si hubiera discrepancias con ellos o conflicto de intereses por oponerse el menor a la medida solicitada o por entender que la misma comporta una restricción de sus derechos.

Los dos últimos extremos que abordan los mencionados preceptos de la LO 1/1996 son los atinentes a la resolución que se dicte en el procedimiento y a la posibilidad de ser impugnada. En la resolución deberá incorporarse el resultado de la audiencia del menor y su valoración. Esta última exigirá un razonamiento complejo, especialmente, en los supuestos en los que la decisión, debiendo priorizar el interés superior del menor, afecte a otro interés legítimo o a un derecho fundamental de otra persona. Asimismo, deberá indicar que han sido observadas todas las garantías que aseguran el ejercicio de los derechos procesales del menor. Por lo que se refiere a los recursos, deben poder motivarse en la necesidad de revocar el sentido de la decisión dictada en una instancia previa como consecuencia del propio desarrollo del menor o de cambios significativos en las circunstancias que lo determinaron.

La intervención del menor prevista en el art. 158 CC y en los arts. 2.5 y 9 de la LO 1/1996 ha de tener el mismo alcance tanto en los procesos civiles de jurisdicción contenciosa como en los expedientes de jurisdicción voluntaria, pues, no prevén ninguna salvedad o particularidad basada en el tipo de procedimiento que se tramite. Pese a ello, entendemos la intervención del menor en esas dos esferas de la jurisdicción civil exige un análisis separado.

2. Normas previstas en procesos de jurisdicción contenciosa

La razón de ser del art. 158 CC comporta que circunscribamos el análisis de su aplicación a los procesos matrimoniales, a los de filiación, paternidad y mater-

nidad, así como, a los que afectan directamente a menores. Al haber sido expuesto el régimen general establecido en la LO 1/1996, dedicamos este epígrafe a las normas relativas a la intervención del menor, expresamente, previstas en el Título IV, del Libro IV de la LEC (arts. 748 a 781 LEC).

En primer lugar, debe señalarse que, en el Capítulo I, del Título IV, del Libro IV en el que se recogen las disposiciones generales aplicables a los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores, sería conveniente que se introdujera un precepto regulador de la intervención del menor, similar al que se configura en el art. 7 bis LEC relativo a los ajustes para personas con discapacidad y personas mayores. De esta manera se pondría de manifiesto, de un lado, que el interés superior del menor exige que su participación en el proceso civil sea tratada específicamente, completando lo dispuesto en los arts. 2 y 9 LO 1/1996; y, de otro, que no es suficiente salvaguarda de la falta de capacidad procesal que el menor cuente con una representación legal o, al menos, que esta no anulara su condición de parte procesal.

Al no haberse dictado un precepto en el sentido indicado, es conveniente detenerse en los artículos que tratan sobre la intervención del menor en los procesos en los que va a dictarse una resolución que incide en su esfera personal, pero también familiar y social.

Respecto de los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad la única norma que alude a la intervención del menor es la atinente al ejercicio de las acciones que correspondan al hijo menor de edad que podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente (art. 765.1 LEC).

En los procesos a través de los cuales se han de sustanciar las demandas de nulidad, las de divorcio y separación contenciosos, así como, las de separación y divorcio de muto acuerdo, las normas relativas a la intervención del menor se circunscriben a prever que este puede ejercitar su derecho a ser oído cuando el mismo lo solicite. La audiencia debe celebrarse en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario (arts. 770.4ª y 777.5 LEC).

Cuando se tramite un proceso para lograr la restitución o el retorno de un menor en supuesto de sustracción internacional, las normas que abordan la participación del menor también se centran en el ejercicio de su derecho a ser oído, con la salvedad de que la audiencia no se considere conveniente atendiendo a la edad o grado de madurez de aquel, circunstancia que debe constar en resolución motivada. Ahora bien, debe precisarse que el Juez tiene el deber

de oír al menor antes de adoptar cualquier decisión relativa a la procedencia o improcedencia de la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia. En lo atinente a la celebración de la audiencia se reitera que debe celebrarse en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas pues debe tener lugar «separadamente» y en presencia del Ministerio Fiscal, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Esta actuación podrá realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar (art. 778 quinquies.8 LEC).

Finalmente, en el art. 780 LEC[50], regulador del proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, se establece en primer lugar que el menor afectado por la resolución está legitimado para formular oposición. A lo que añade que el menor tiene derecho a ser parte, a ser oído y escuchado conforme a lo establecido en la LO 1/1996. Su pretensión será ejercitada a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, en cuyo caso les puede representar la persona que el mismo menor designe. A esta pretensión deberá preceder un intento de negociación a través de un medio adecuado de solución de controversias previsto en la LO 1/2025, pues, no está excluida de este requisito de procedibilidad. Sí lo está, en cambio, la solicitud de autorización judicial para la entrada en domicilios y restantes edificios y lugares, cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular u ocupante, cuando sea necesaria en orden a ejecutar la medida de protección adoptada.

Pues bien, dentro de cada uno de los anteriores procesos, el menor está legitimado para solicitar la adopción de alguna medida de protección las contempladas en el art. 158 CC. La nula regulación procesal del art. 158 CC comporta que haya diferencias importantes en lo atinente a presupuestos procesales y tramitación, dependiendo de si la solicitud se inserta en uno de esos procesos o en un expediente de jurisdicción voluntaria. Aunque ambos comparten una importante nota: están exentos del requisito de procedibilidad consistente en haber intentado de manera previa a la solicitud de la medida de protección en el seno del proceso contencioso o a la incoación del expediente de jurisdicción voluntaria un medio adecuado de resolución de controversias (art. 5.2. b Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia).

En los procesos contenciosos es preceptiva la asistencia jurídica letrada y la representación técnica por procurador. La tramitación de la petición de medida de protección al amparo del art. 158 CC debe seguir la sustanciación prevista

50. El art. 780 LEC ha sido modificado por la LO 8/2021.

para las medidas cautelares en los arts. 730 y ss LEC. En ellos se prevé que pueda solicitarse la adopción de medidas cautelares, con posterioridad a la presentación de la demanda, siempre que la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos. Recibida la solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia convoca a las todas las partes a una vista, en la que podrán exponer lo que convenga a su derecho y proponer los medios de prueba que estimen pertinentes. Finalizada la vista, el Juez decidirá mediante auto sobre la solicitud de la medida de protección.

La cuestión de si la anterior resolución puede ser impugnada puede llegar a ser controvertida. Y es que si bien en las disposiciones generales sobre medidas cautelares se establece que contra el auto tanto estimatorio como desestimatorio cabe recurso de apelación (arts. 735 y 736 LEC), si se tramita un proceso de nulidad, separación o divorcio contencioso, cabría entender que el auto que se pronuncia sobre la solicitud de medida de protección no es impugnable con base en lo dispuesto en el art. 773.3 LEC[51].

3. Normas establecidas en expedientes de jurisdicción voluntaria

La Ley Orgánica 1/1996 es el primer texto legal que al modificar el art. 158 CC establece que las medidas de protección podrán adoptarse no solo en un proceso civil contencioso, sino también en un «procedimiento de jurisdicción voluntaria». Posteriormente, la única modificación efectuada respecto a la denominación de dicha vía judicial se ha llevado a cabo por la LJV. Esta última norma ha querido, a nuestro entender, poner de relieve una de las más significativas diferencias entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, sustituyendo el término «procedimiento» por «expediente». No obstante, no es únicamente un cambio de denominación lo que ha traído consigo la LJV, sino una sustancial mejora sistemática y técnica de la regulación de la jurisdicción voluntaria, respecto de la contenida en la LEC de 1881, permitiendo que sea el complemento adecuado a la jurisdicción contenciosa civil en asuntos relativos a la protección de menores.

La práctica forense ha puesto de manifiesto la efectividad de los expedientes de jurisdicción voluntaria sustanciados en el marco del art. 158 CC como cauce a través del cual cabe acordar, con cierta celeridad, medidas de protección de los menores. Cabe citar muchos ejemplos, lo que demuestra la perfecta simbiosis entre trámites y objeto de la solicitud por lo que ha de subrayarse el acierto del legislador al apostar por mantener y modernizar los expedientes de juris-

51. Cfr. Boado Olabarrieta, Maria, «La privación de la patria potestad como medida penal y civil», ob. cit., pp. 76 y 77.

dicción voluntaria. Así, se han incoado dichos expedientes en supuestos de riesgo en los que es necesaria la asunción de la guarda por la Entidad Pública competente; cuando se acredita que el contacto con uno de los progenitores es perjudicial para el normal desarrollo del menor; en casos de falta de acuerdo de los progenitores relativos a viajes fuera del territorio estatal español y para impedir la sustracción internacional; en supuestos en los que hay indicios suficientes de causar graves daños físicos y psíquicos a la menor por estar expuesta a algún tipo de mutilación genital; en casos en los que hay que velar por la salud física y psíquica de la menor ante un embarazo no deseado; en situaciones en las que debe asegurarse el derecho a la escolarización; en circunstancias que es apropiado fijar un régimen de visitas a los miembros de la familia extensa, y para garantizar el ejercicio del derecho a la guarda y custodia por los progenitores[52]

Al abordar la naturaleza, caracteres y presupuestos de las medidas de protección del art. 158 CC, ya hemos señalado que la LJV destina específicamente tres preceptos a regular su adopción. Son unos artículos que no regulan los actos procesales que puede realizar el menor durante la tramitación del expediente. Ello significa que a los efectos de delimitar su intervención habrá que tener en cuenta lo dispuesto en las normas comunes de tramitación de los expedientes, así como, lo previsto en algún expediente en materia de personas.

Centrándonos en la intervención del menor, su primer acto consiste en provocar el inicio del expediente. Al no imponerlo los preceptos especialmente destinados a regular el expediente para la adopción de medidas del art.158 CC (arts. 87 a 89 LJV), debe aplicarse la disposición común a los expedientes en los que se requiere la intervención judicial en relación con la patria potestad, según la cual para promover y actuar en dichos expedientes no es preceptiva ni la asistencia jurídica letrada ni la representación técnica por procurador (art. 85.3 LJV). Tampoco debe el menor instar la habilitación para comparecer en juicio (art. 27.3 LJV) y en cuanto al nombramiento de un defensor judicial, entendemos que es incompatible con el carácter urgente de las medidas de protección que se han de adoptar al amparo del art. 158 CC. Bastará con la intervención del Ministerio Fiscal como garante de la legalidad y velando por la efectividad del superior interés del menor.

---

52. Vid. entre otras, AAP de Zaragoza, Sec. 5ª, núm. 274/2005, de 13 de mayo de 2005 (ECLI:ES:APZ:2005:548A); SAP de Málaga, Sec. 5ª, núm. 548/2005, de 6 de junio de 2005 (ECLI:ES:APMA:2005:2039); SAP de Baleares, Sec. 5ª, núm. 419/2005, de 13 de octubre de 2005 (ECLI:ES:APIB:2005:1242); AAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1ª, núm. 67/2006, de 24 de mayo de 2006 (ECLI:ES:APTF:2006:954A); AAP de Girona, Sec. 2ª, núm. 152/2007, de 2 de julio de 2007 (ECLI:ES:APGI:2007:500A); AJPI núm. 80 de Madrid, núm. 127/2008, de 1 de abril de 2008 (ECLI:ES:JPI:2008:3A); SAP de Lleida, Sec. 2ª, núm. 307/2017, de 10 de julio de 2017 (ECLI:ES:APL:2017:523) y AAP de Toledo, Sec. 1ª, núm. 28/2019, de 4 de abril de 2019 (CELI:ES:APTO:2019:147A).

Para la determinación de los trámites a seguir una vez se ha admitido la solicitud, debe acudirse a las normas generales de tramitación. De dichos trámites, hemos prestar especial atención a la comparecencia, pues, es la fase en la que la intervención del menor adquiere una especial relevancia (art. 18 LJV)[53].

La comparecencia a la que estarán convocados el menor, el Ministerio Fiscal y los interesados se celebra ante el Juez quien puede acordar que la audiencia del menor se practique en acto separado, sin interferencia de otras personas. Se reiteran las condiciones en las que ha de desarrollarse la audiencia, ya establecidas en la LO 1/996, y que están centradas en la accesibilidad, comprensibilidad y adaptación a la edad, madurez y circunstancias de menor, recabando el auxilio de especialistas si fuera necesario. En el supuesto de que la audiencia se practicara en acto separado, el Letrado de la Administración de Justicia extenderá un acta donde recogerá las manifestaciones del menor («niño, niña o adolescente») imprescindibles por ser relevantes y significativas para la decisión, cuidando de preservar su intimidad. Dichas manifestaciones deberán ser valoradas tanto por el Ministerio Fiscal en el informe que emita, como por el Juez en el auto que pone fin al procedimiento. Además, puede fundar dicha resolución en los hechos de los que haya tenido conocimiento a raíz de las alegaciones de todos los intervinientes, de lo expresado en la comparecencia y de las pruebas practicadas, aunque no hubieran sido invocados por aquellos.

Durante la celebración de la comparecencia pueden practicarse las pruebas que haya solicitado el menor, el Ministerio Fiscal o los interesados, además de las acordadas de oficio (art. 5 LJV). Se ha establecido expresamente que en la misma comparecencia han de practicarse las diligencias relativas a los intereses del menor que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal (art. 18.2. 4ª LJV). Nada se dice de las acordadas a instancia del menor. Practicados los medios de prueba se permitirá «a los interesados», no se menciona al menor, formular oralmente sus conclusiones. Un último extremo regulado sobre la comparecencia es su grabación en soporte apto para la reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la LEC (art. 18.2 6ª LJV).

Una cuestión que no se aborda en la LJV es la celebración de la comparecencia con presencia telemática de los intervinientes. De modo que deberá tenerse en cuenta lo que dispone la LEC que es de aplicación supletoria. Como regla, el menor ha de estar físicamente en la sede del tribunal para que pueda llevarse a cabo exploración. No obstante, el Juez en atención a las circunstancias del caso puede acordar la intervención del menor desde un punto de acceso segu-

53. El art. 18.4 LJV ha sido modificado por la LO 8/2021.

ro y desde un lugar seguro, por ejemplo, desde la Oficina de Justicia del municipio en el que resida (arts. 129 bis y 137 bis LEC)[54].

Por último, cabe señalar que el auto puede ser recurrido en apelación por «cualquier interesado que se considere perjudicado» conforme a lo dispuesto en la LEC. La interposición del recurso no tiene efectos suspensivos (art. 20.2 LJV), lo que significa que si la decisión es favorable a la tutela solicitada es siempre ejecutiva; sus efectos se producen «automáticamente, *ipso iure*»[55]. Esta norma cumple el mandato recogido en el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños del Consejo de Europa de 1996.

V. Conclusiones

Aun cuando muy acotado en contenido y extensión, el estudio que se ha llevado a cabo sobre la intervención procesal del menor en la jurisdicción civil al amparo del art. 158 CC muestra, en primer lugar, la relevancia de la misión que, desde 1981, se ha confiado a dicho precepto con el objetivo de otorgar al menor, que se halla en una situación de riesgo, de peligro o de desprotección de la que con probabilidad se le pueden derivar perjuicios en su esfera personal, una protección de índole preventiva, rápida y eficaz.

Desde su redacción inicial se ha optado porque las medidas puedan ser adoptadas de oficio, pero también a instancia del propio hijo y del menor. Y, debido a su frecuente y efectivo uso en la práctica forense, las reformas operadas en el art. 158 CC han ido ampliando, paulatinamente, su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación.

Asimismo, en segundo término, hemos de destacar el acierto en mantener en el art. 158 CC la remisión a los textos legales de naturaleza procesal en lo atinente a la determinación de los cauces procesales que han de sustanciarse para la adopción de las medidas de protección. Situados en el ámbito de la jurisdicción civil, dichos cauces han de ser alguno de los previstos en las leyes procesales comunes, esto es, la LEC y la LJV. Esta opción ha evitado la proliferación y dispersión de procedimientos y trámites en una materia, en la que añadir a la situación de peligro que está experimentando un menor obstáculos y complejidades procesales, atentaría contra los más esenciales postulados derivados

54. Cfr. Sobre estos extremos vid. Gascón Inchausti, Fernando, «Régimen jurídico de las actuaciones judiciales por videoconferencia», en Banacloche Palao, Julio y Gascón Inchausti, Fernando (dirs.), Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023, Madrid, La Ley, pp. 228-248.

55. Vid. Banacloche Palao, Julio, Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio, Madrid, La Ley, 2015, p. 104.

del interés superior del menor. Ahora bien, de otro lado, es una opción legislativa muy exigente con esos dos textos legales, puesto que comenzando por el presupuesto de la capacidad procesal del menor y continuando con su intervención en cada una de las fases en la que se estructuran los procedimientos, deben ser respetados los derechos y las garantías procesales que los instrumentos internacionales, regionales y de la UE reconocen a los menores.

A nuestro entender, deberían incorporarse a la LEC, y tener su reflejo en la LJV, normas que regularan la capacidad procesal del menor concebida a modo de una aptitud progresiva para realizar actos procesales. Si se han introducido normas específicas aplicables a persona mayores sobre ajustes y adaptaciones en la sustanciación de los procesos civiles con la finalidad de garantizar su participación en condiciones de igualdad (art. 7 bis LEC), no se advierte inconveniente alguno para que una iniciativa similar se lleve a cabo respecto de los menores. De esta manera, se lograría el necesario enlace entre el reconocimiento que las leyes sustantivas efectúan a los distintos grados de autonomía del menor, teniendo en cuenta su edad y madurez, en la realización de actos y negocios jurídicos concediéndoles validez y el reconocimiento de su derecho al proceso o a la instancia ejercitado de forma directa. No se propone una novedad desconocida en nuestro ordenamiento jurídico, pues, como se ha puesto de relieve, ya ha sido incluida en la LJCA.

Finalmente, a nuestro juicio, deberían instaurarse normas procesales homogéneas a través de las cuales se sustanciaran las solicitudes de medidas de protección, con base en el art. 158 CC, aplicables tanto a las que han de adoptarse dentro de un proceso contencioso como a las que se acuerdan en un incidente de jurisdicción voluntaria.

VI. Bibliografía

BANACLOCHE PALAO, Julio, Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio, Madrid, La Ley, 2015.

BANACLOCHE PALAO, Julio, «El procedimiento adecuado en los casos de desacuerdo de los progenitores sobre decisiones relativas a sus hijos menores: jurisdicción voluntaria, modificación de medidas y art. 158 CC», en Banacloche Palao, Julio (dir.), Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 395-444.

BOADO OLABARRIETA, María, «La privación de la patria potestad como medida penal y civil», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 47, 2019, pp. 59-99.

CONTRERAS ROJAS, Cristian, «La capacidad procesal de niños, niñas y adolescentes: hacia su reconocimiento amplio y efectivo», La Ley Derecho de Familia. *Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 13, 2017, pp. 1-13.

Delgado Martín, Joaquín, «Un proceso amigable y adaptado a las necesidades de las persones menores de edad», en Delgado Martín, Joaquín (coord.), La participación del menor en el proceso judicial, 1ª ed., Las Rozas, La Ley, 2022, pp. 19-40.

Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, Derecho Internacional Privado, 12ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2022.

Gascón Inchausti, Fernando, «Régimen jurídico de las actuaciones judiciales por videoconferencia», en Banacloche Palao, Julio y Gascón Inchausti, Fernando (dirs.), Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023, Madrid, La Ley, 2024, pp. 201-258.

González García, Jesús M.ª, «La protección de los derechos fundamentales de los menores en los procesos civiles: ¿un régimen especial?», en Banacloche Palao, Julio (dir.), Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 275-336.

Herrero Oviedo, Margarita, «Comentario al artículo 158 CC», en Cañizares Laso, Ana (dir.), Comentarios al Código Civil, T. I (arts. 1 a 267), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1287-1293.

Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de familia. Fascículo Tercero conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, Barcelona, Librería Bosch, 1982.

Liñán Nogueras, Diego J., «Capítulo 17. Sistema de normas y actos en la Unión Europea (II)», en Mangas Martín, Araceli y Liñán Nogueras, Diego J., Instituciones y Derecho de la Unión Europea, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2024.

Múrtula Lafuente, Virginia, El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género, Madrid, Dykinson, 2016.

Pérez Aguilera, Luis Miguel, «La intervención de los menores en procesos civiles y la defensa de sus intereses», en Banacloche Palao, Julio (dir.), Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 241-274.

Pérez Vallejo, Ana Mª, «Comentario al artículo 158 CC», en Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, Mª Pilar, Torres Lana, J. Á. y Achón Bruñén, Mª José (dirs.), Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 532-550.

Santana Páez, Emelina, «El interés superior del menor en los procesos de familia tras la reformas introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la Ley 8/2021 de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en Delgado Martín, Joaquín (coord.), La participación del menor en el proceso judicial, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2022, pp. 49-53.

Serrano Masip, Mercedes, «Protección jurisdiccional de menores en situación de riesgo y desamparo. Iniciativas del Consejo de Europa y de la Unión Europea en orden a una justicia adaptada a los menores», en de Hoyos Sancho, M. (dir.), Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 159-180.

Serrano Masip, Mercedes, «Medidas de protección de las víctimas», en De Hoyos Sancho, Montserrat (dir.), La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 162-167.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, «La patria potestad en el Código Civil: concepto y caracteres», en Díez-Picazo Giménez, Gema (coord.), Derecho de Familia, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2012, pp. 1807-1902.

VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, «La sustracción parental transfronteriza en el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 Bruselas II-ter, de 30 de junio», en Jimeno Bulnes, Mar y Tinoco Pastrana, Ángel, El derecho procesal civil y penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia, Valencia Tirant lo Blanch, 2024, pp. 181-220

Objeto y sujetos del proceso especial para el ingreso de menores con problemas de conducta

Alberto José Lafuente Torralba
Profesor contratado doctor de Derecho Procesal.
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL LIMBO JURÍDICO. II. ANTECEDENTES DEL RÉGIMEN ACTUAL: DÉFICITS NORMATIVOS Y ESPACIOS EXENTOS DE JURISDICCIÓN. III. EL PROCESO PARA EL INGRESO EN CENTROS ESPECÍFICOS INTRODUCIDO EN 2015. IV. EL OBJETO. 1. Privación de libertad y calidad de la ley. 2. Autorización del ingreso ordinario y ratificación del urgente. V. LOS SUJETOS. 1. El menor. 2. El solicitante. 3. El juez. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción: niños y adolescentes en el limbo jurídico

En los últimos años, ha aumentado considerablemente el número de niños y adolescentes con conductas disruptivas, atentatorias contra las normas sociales básicas, capaces de desestabilizar gravemente la convivencia en el seno de las familias y los centros educativos. Es la problemática de los jóvenes con trastornos de conducta, situados en una extraña tierra de nadie: no padecen, propiamente, una patología psíquica que requiera la entrada en escena de los servicios de salud mental; tampoco experimentan alteraciones del neurodesarrollo, objeto de los recursos de atención a la discapacidad; y no son, todavía, infractores a los que deban aplicarse las medidas sancionadoras previstas en el Derecho Penal juvenil. Se encuentran, más bien, en la antesala o periferia del delito: sin una intervención educativa respetuosa con sus derechos, pero firme en el propósito de reintegración de estos menores inadaptados, es cuestión de tiempo que engrosen las estadísticas de delincuencia juvenil.

En última instancia, la incapacidad de los padres para encauzar conductas que les desbordan moral y psicológicamente, junto con la ausencia (o el fracaso) de una intervención temprana por parte de la Administración, pueden obligar a

proteger a estos jóvenes a través de una medida drástica, no exenta de problemas y cuestionamientos: la privación de libertad. Este es el tema del presente trabajo, para cuyo abordaje es preciso partir de una premisa básica: la vulnerabilidad extrema que caracteriza a estos menores aquejados de problemas de conducta. Es esta la perspectiva que debe primar: el internamiento de estos jóvenes en centros específicos no ha de ser, en ningún caso, un mecanismo de defensa o neutralización social frente a jóvenes «problemáticos», como si se tratase de una medida predelictual basada en la amenaza que el sujeto puede suponer para la colectividad. No hay que ceder al clamor social que, al hilo de casos aislados pero acompañados de gran ruido mediático, exige «mano dura» para estos jóvenes: por el contrario, el internamiento ha de ser concebido en todo caso como una medida protectora, de carácter marcadamente educativo, fundada en el interés superior del menor al que va destinada.

Para percibir la vulnerabilidad de estos menores en toda su dimensión debemos acudir a las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, aprobadas en la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana que se celebró en marzo de 2008, y que ulteriormente fue objeto de una profunda actualización en la XIX edición, celebrada en Quito (Ecuador) en abril de 2018. La regla 3ª define la vulnerabilidad como la situación en que se halla una persona o grupo de personas «cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en posición de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico».

En las reglas sucesivas, se citan como posibles causas de vulnerabilidad—entre otra— la edad, la discapacidad, la diversidad étnica o cultural, la pobreza, el género u orientación sexual y la privación de libertad. Lejos de configurar compartimentos estancos, una pluralidad de causas puede confluir en la misma persona, dando lugar a fenómenos de vulnerabilidad múltiple que requerirán una tutela más enérgica.

Tal es el caso, me temo, de las personas que constituyen el núcleo de este trabajo: la minoría de edad es, en sí misma, una condición vulnerable, pero en el caso de estos niños y adolescentes se suman otras circunstancias que agravan exponencialmente el riesgo al que están sometidos. Su vulnerabilidad radica, adicionalmente, en la afectación de sus capacidades de autocontrol, gestión de emociones e interacción social, que los hacen más propensos tanto a ejercer como a sufrir abusos, así como a caer en conductas adictivas. Su vulnerabilidad estriba también en su extracción socioeconómica: aunque no siempre es así, en muchos casos estos jóvenes proceden de ambientes sociales degradados y fa-

milias desestructuradas, con imposibilidad de un desarrollo normalizado de las funciones parentales, inestabilidad de los vínculos, carencias afectivas, incomunicación familiar y ausencia de referentes. Como elementos concomitantes, a las anteriores circunstancias suelen sumarse la desafección hacia los estudios, el absentismo escolar y, como consecuencia de todo ello, el retraso educativo, lo cual no hace sino incrementar la espiral de exclusión social, económica y laboral que encaran estos menores.

Por último, el internamiento en centros pertenecientes o vinculados a la Administración pública, aunque se presente como medida de protección, agudiza el escenario de riesgo al que se ven expuestos estos jóvenes, pues viene a engendrar otro factor de vulnerabilidad: la privación de libertad. Esta los pone en el foco de otras posibles lesiones de sus derechos, como la intimidad, la integridad física y moral o el derecho a relacionarse con sus familiares y allegados. También limita sus interacciones con el mundo exterior, pudiendo agravar —si no se ponen medios para evitarlo— su aislamiento social: a este respecto, se ha dicho que estos menores con problemas de conducta constituyen un colectivo invisible para la opinión pública (Sánchez Hernández, *Personas vulnerables y derecho*, 2024, p. 407). A ello contribuye, sin lugar a dudas, su desubicación en el panorama legal, al habitar una zona gris, que durante largo tiempo estuvo huérfana de un marco legal definido, entre los menores en desamparo internados en centros ordinarios, los menores con enfermedades o trastornos mentales a cargo de las unidades psiquiátricas del sistema de salud y los sancionados penalmente que cumplen medidas judiciales en centros de reforma. La privación de libertad proyecta, asimismo, otra sombra, que es la problemática derivada de la institucionalización: el encapsulamiento del menor en el entorno protegido y estructurado del centro puede suponer un desamparo aún peor que el que motivó su ingreso, cuando se decreta su salida y es devuelto al «campo abierto» de la vida en libertad.

A resultas de todo lo dicho, estos menores en situación de vulnerabilidad múltiple pueden, a su vez, causar o irradiar vulnerabilidades en su entorno: no hay que olvidar que estos jóvenes incurren en conductas que pueden menoscabar gravemente la convivencia en el seno de la familia, del vecindario y de la comunidad educativa, generando situaciones en las que el menor, sin dejar de ser víctima de sus circunstancias, puede acabar ejerciendo como verdugo.

Las líneas precedentes ponen de manifiesto la necesidad de regular de un modo escrupuloso el procedimiento para internar a estos menores con problemas de conducta. Debe dotarse a dicho procedimiento de los necesarios contrapesos y garantías, configurándolo como *ultima ratio* para el caso de que hayan fallado o resulten inviables otros recursos intermedios y sometiendo a

rigurosos controles tanto la adopción inicial de la medida como su ejecución y cese. Veremos que nuestro país, pese a las severas censuras que recibió en su momento, ha avanzado mucho en este camino, si bien el tratamiento jurídico de los menores con problemas de conducta sigue adoleciendo de importantes deficiencias y lagunas.

II. Antecedentes del régimen actual: déficits normativos y espacios exentos de jurisdicción

La descentralización política y jurídica que caracteriza al Estado español se manifiesta de modo particularmente intenso en el Derecho tuitivo del menor, terreno en el que las Comunidades Autónomas poseen competencias muy amplias. Teniendo competencias para regular, desarrollar y organizar el sistema de protección de menores en sus respectivos territorios, y disponiendo de su propio aparato administrativo para gestionarlo, no es de extrañar que fueran las primeras en detectar ese nuevo perfil de jóvenes con conductas disociales, cobrar conciencia de la gravedad del problema y asumir la iniciativa para solventarlo. Habilitaron centros específicos de acogimiento residencial para estos menores, atendidos por profesionales del ámbito socioeducativo y psicoterapéutico, a fin de ofrecerles una guía, un contexto más estructurado que permitiera su reintegración familiar y social.

El problema fue la precaria o inexistente cobertura legal de tales internamientos, la disgregación de criterios entre Comunidades Autónomas y la falta de control judicial del ingreso en estos centros, así como de vigilancia de su desarrollo por parte del Ministerio Fiscal (DÍEZ GARCÍA, *Derecho Privado y Constitución*, «La protección de menores en conflicto social», 2010). La situación resultante ha sido tildada, con razón, de «caótica» en la doctrina (COLÁS TURÉGANO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, «Centros de internamiento», 2023, p. 78). Se trataba de una privación de libertad a la que se llegaba sin pasar por los tribunales, fruto de una mera decisión administrativa. Las entidades públicas de protección de menores procedían de este modo porque, a la postre, o bien se trataba de jóvenes declarados en situación de desamparo y sometidos a la tutela *ex lege* de la Administración; o bien de menores cuyos padres, voluntariamente, habían solicitado la guarda de la Administración pública, por sentirse desvalidos ante sus hijos e incapaces de asumir su cuidado. Al hallarse previamente bajo esta tutela o guarda administrativa, la entidad pública *se creía* investida de las potestades necesarias para ejercerla del modo que estimase más adecuado, incluyendo el acogimiento residencial de estos menores en centros adaptados a sus circunstancias.

El detonante que sacó a flote las miserias del sistema fue la labor desarrollada por el Defensor del Pueblo, como reacción al elevado número de quejas planteadas por padres y educadores. El Defensor abrió una investigación que le llevó a recorrer veintisiete centros de internamiento repartidos por toda la geografía española. Fruto de esta investigación, en 2009 hizo público un informe que resulta clave en esta materia, relativo a los *Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*. Según palabras del informe, las pesquisas realizadas pusieron al descubierto «una realidad extremadamente dura, dolorosa y compleja, cuyos graves problemas alcanzaban límites inesperados». No tardarían en sumarse a las críticas otros organismos, como Amnistía Internacional en su informe de finales de 2009 (bajo el revelador título *Menores en centros de protección terapéuticos. «Si vuelvo, me mato»*); el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, en su informe de 19 de noviembre de 2009; y el Comité de los Derechos del Niño, en sus observaciones a España de 3 de noviembre de 2010.

Entre otras cuestiones, el informe del Defensor del Pueblo constató la convivencia en algunos de estos centros de menores de muy distinto perfil, al mezclarse en ellos menores autores de delitos, menores con problemas conductuales y menores con alteraciones psíquicas debidas al consumo de sustancias. El informe también detectó excesos en la aplicación de medidas de contención, al utilizarse en algunos casos con finalidad punitiva o intimidatoria; el uso de celdas de aislamiento «verdaderamente atroces», con portones blindados de hierro, paredes forradas de caucho o goma y sin ventilación ni comunicación con el exterior; así como el abuso de psicofármacos, administrados al menor sin informarle, sin contar con su consentimiento e incluso en contra de su voluntad. En suma, la ausencia de garantías, de control judicial, de seguimiento periódico del estado de los menores y de un marco legal homogéneo para todo el Estado acababa arrojando un resultado paradójico: en muchos casos, el internamiento de menores que, de momento, no habían incurrido en la comisión de ilícitos penales acababa siendo, *de facto*, más duro y aflictivo que el de los menores autores de delitos. Se caía así en la confusión entre medidas de protección y medidas de reforma, cuyos respectivos ámbitos deben separarse a toda costa.

III. El proceso para el ingreso en centros específicos introducido en 2015

Haciéndose eco de estas críticas, y consciente de la vulneración de diversos instrumentos internacionales (Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas

para la administración de la justicia de menores, de 28 de noviembre de 1985; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, de 14 de diciembre de 1990; Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños, de 17 de noviembre de 2010), el legislador acometió una ambiciosa reforma a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia. A ella se sumaría después, profundizando en la misma línea, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

En síntesis, la reforma se ha desenvuelto en un doble frente: en primer lugar, mediante la creación *ex novo* de un procedimiento específico para la autorización judicial del internamiento. Dicho procedimiento ha sido incorporado mediante la adición del art. 778 bis a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), dentro de su Libro IV, dedicado a los procesos especiales. Su diseño se inspira en el proceso relativo al internamiento por razón de trastorno psíquico. De hecho, en muchos aspectos, la regulación del art. 778 bis es un calco mimético de la contenida en el 763 LEC, lo que los convierte en una suerte de gemelos procedimentales. Sus escasas diferencias afectan sobre todo a cuestiones de detalle, pero adquieren cierta importancia en dos momentos, al inicio y al final del procedimiento: en dichos momentos procesales el art. 778 bis robustece —en términos comparativos— el papel del juez, ya que la obligatoriedad de su autorización se mantiene en todo caso y el cese de la medida se subordina, igualmente, a su decisión en tal sentido (art. 778 bis.7, párrafo 2º). No sucede lo mismo con el internamiento por trastorno psíquico, en el que la autorización judicial solo procede en defecto (o en contra) de la voluntad del afectado y el cese o «alta del enfermo» es decidido por los facultativos que le atienden, debiendo comunicarlo inmediatamente el tribunal (art. 763.4, párrafo 4º, de la LEC).

Como no podía ser de otro modo, este cauce procesal se incluye en la tipología de los procesos no dispositivos (discapacidad, filiación, matrimonio y menores) en los que, por subyacer un preponderante interés público, se alteran las coordenadas comunes del proceso civil. Este encuadre sistemático queda reflejado en aspectos tales como la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, la posibilidad de acordar pruebas de oficio, la exclusión de la publicidad en las actuaciones orales para preservar la intimidad familiar o la indisponibilidad del objeto, haciendo imposible renunciar, allanarse o transigir sobre lo debatido (art. 751 LEC). De ahí que este proceso se encuentre entre los supuestos exentos de la necesidad de utilizar un «medio adecuado de solución de controversias», como «requisito de procedibilidad» para entablar acciones civiles (art. 5.2.g de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia).

Este control judicial previo, y las garantías procesales que lo acompañan, deviene condición indispensable para la validez del internamiento y es, en definitiva, la base que sustenta su legitimidad constitucional: ningún menor con problemas de conducta puede entrar y permanecer en estos centros sin la intervención del juez. Por otra parte, tanto la autorización del ingreso como su mantenimiento en el tiempo están supeditados a dos principios que exigirán un esfuerzo motivador por parte del tribunal: la subsidiariedad, en cuya virtud el ingreso solo procede cuando no sea posible atender al menor en condiciones menos restrictivas (art. 778 bis.4 LEC); y la proporcionalidad, que impide prolongar la estancia en el centro más tiempo del imprescindible para atender sus necesidades específicas (art. 778 bis.7 LEC).

La intervención del juez, canalizada a través del correspondiente proceso, se exige en todo caso, aunque la entidad pública, los padres e incluso el propio menor consientan la adopción de la medida. Además, como requisito insoslayable, es preciso aportar —junto con la solicitud de autorización— una valoración psicosocial que refleje el diagnóstico del menor y desarrolle las razones que aconsejan su internamiento. Esa valoración ha de ser elaborada por un equipo multidisciplinar de expertos con formación específica en materia de menores. También resulta ineludible que el juez escuche directamente al menor y, además, le explique de forma clara, accesible y adaptada a su grado de madurez el porqué del proceso, la finalidad perseguida y las consecuencias a que se expone. Lejos de ser un objeto pasivo, se pretende que el menor —como destinatario y principal afectado por la medida— sea una figura presente y activa en el procedimiento, merecedora de atención, proximidad y escucha, como exige el respeto a su dignidad.

No basta que la intervención judicial se produzca al principio, sino que debe renovarse periódicamente durante todo el desarrollo del internamiento (cada tres meses, salvo que se haya fijado una periodicidad inferior): el juez, a través de los preceptivos informes, tiene que seguir de cerca la evolución del menor, evaluar el cumplimiento de los objetivos que se hayan marcado en el proyecto educativo y decidir sobre la continuación o el cese de la medida.

El segundo frente de la reforma se refiere al régimen de vida de estos menores durante su permanencia en los centros de protección. Concretamente, se ha cubierto el vacío normativo hasta ahora existente mediante previsiones específicas acerca de las medidas, invasivas de los derechos fundamentales de los menores, que pueden adoptar los responsables del centro: medidas de contención física y mecánica, aislamiento provisional, registros personales y materiales, administración de medicamentos, suspensión o restricción de visitas, salidas y comunicaciones y régimen disciplinario. Dichas previsiones se han

introducido en los arts. 27 a 35 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), donde se regulan los requisitos, límites y garantías para la adopción de tales medidas, incluyendo la posibilidad de impugnarlas en vía judicial.

Hecho este bosquejo del régimen jurídico del ingreso de menores por problemas conductuales, dedicaremos las siguientes páginas a analizar, con mayor profundidad, dos de los pilares en los que asienta este proceso: la pretensión que configura su objeto y los sujetos que, en el marco de su estructura contradictoria, integran la relación jurídica procesal.

IV. El objeto

1. Privación de libertad y calidad de la ley

Hay que subrayar que, por más eufemismos que se utilicen —el legislador habla en todo momento de «ingreso», rehuyendo el término «internamiento»— y por más que la finalidad de este proceso sea proteger al menor, la pretensión que integra su objeto constituye una privación de libertad. El carácter educativo que impregna esa pretensión no ha de ofuscar su verdadera naturaleza, que resulta nítida a este respecto.

Puesto que esta medida se introduce en la entraña misma de la libertad personal (art. 17 CE), ello supone su sometimiento al sistema de protección reforzada propio de los derechos fundamentales. Dentro de ese marco protector, debe destacarse la reserva de ley orgánica (art. 81 CE): en este punto, el legislador tuvo la prudencia de revestir al nuevo procedimiento de dicho rango normativo, introduciéndolo en el articulado de la LEC a través de la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia. De esta forma, se evitó que el ingreso de menores previsto en el art. 778 bis LEC incurriera en la misma tacha que el modelo que le sirvió de inspiración, el internamiento por razón de trastorno psíquico del 763, declarado inconstitucional (STC 132/2010, de 2 de diciembre).

No obstante, el prurito del legislador no ha servido para alejar el procedimiento de una zona de constitucionalidad, cuando menos, difusa, dadas las incertidumbres que siguen pendiendo sobre esta medida privativa de libertad. Desde este punto de vista, es discutible que se cumplan los estándares fijados por el TEDH. Ciertamente, el caso de los menores con problemas de conducta encajaría en uno de los supuestos tipificados en el art. 5.1 del Convenio Europeo como habilitantes de la privación de libertad, concretamente su letra «d», que

se refiere al «internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada *con el fin de vigilar su educación*». Sin embargo, no hay que olvidar que, desde la perspectiva del TEDH, no basta que exista una norma de cobertura para autorizar la injerencia de la autoridad pública en la esfera de los derechos fundamentales: tienen que cumplirse, ante todo, unos requisitos mínimos de *calidad de la ley*, vinculados con la seguridad jurídica y la proscripción de la arbitrariedad. El contenido de esa ley ha de tener un grado de claridad y precisión que la haga previsible para sus destinatarios, indicando de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos para restringir el derecho de que se trate (Martín-Retortillo, *Derecho Privado y Constitución*, «La calidad de la ley», 2003, pp. 389 y ss.).

Es dudoso que la regulación contenida en el art. 778 bis LEC y preceptos concordantes satisfaga estas exigencias. Como veremos en el apartado V.1, el presupuesto subjetivo para autorizar el ingreso se halla envuelto en una densa penumbra, al faltar una delimitación precisa de lo que el legislador entiende por «problemas de conducta». Pero no solo eso: en ningún lugar se establece una horquilla temporal o duración máxima para el ingreso, más allá de la genérica referencia a la proporcionalidad. El único límite claro e infranqueable que acota el horizonte de la medida es el límite «natural» de la mayoría de edad, cuando el afectado adquiere plena capacidad y cesa la tutela de la Administración. De hecho, esta es la causa común de finalización del ingreso según los datos disponibles, lo que revela que, con demasiada frecuencia, la estancia en el centro acaba siendo indefinida (Justicia Albiol, *Diario La Ley*, «El acogimiento residencial», p. 6). De este modo, la privación de libertad de estos menores, que en principio no han cometido ningún delito, puede prolongarse más que la de los sancionados por el sistema penal juvenil: para estos últimos, el juez de menores ha de determinar la duración máxima del internamiento (u otras medidas que acuerde) en la sentencia, dentro de los límites que la ley establece en función de la gravedad del hecho.

Tampoco se establece ninguna edad mínima para ingresar al menor: la franja o grupo etario al que puede afectar esta medida queda, por tanto, bajo un manto de silencio. La normativa estatal se abstiene, desde luego, de decir nada sobre el particular, dejándolo al albur de la legislación autonómica. Y esta, cuando ha tenido a bien regular la cuestión, lo ha hecho de modo divergente para cada territorio, como era de esperar: la laguna de la ley estatal ha sido parcialmente cubierta por un archipiélago de disposiciones autonómicas que fijan edades distintas. De este modo, a la inseguridad jurídica se suma la desigualdad de trato, según el lugar donde viva el menor. La Fiscalía General del Estado ha intentado salir al paso y remediar esta indefinición, con buena intención pero sin competencias para ello, al señalar que «no parece aceptable la

estancia en estos centros de los más pequeños» y encarecer a los fiscales para que vigilen especialmente el ingreso de menores con edad inferior a doce años (Circular 2/2016, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, p. 17).

Estas cuestiones, que hacen que el proceso del art. 778 bis LEC transite sobre una cuerda floja, deberían ser objeto de atención en una futura reforma legislativa. Basta mirar los instrumentos internacionales básicos aplicables a esta materia para percatarse de que la situación es difícilmente sostenible. Las Reglas de las Naciones Unidades para la protección de los menores privados de libertad, de 14 de diciembre de 1990, establecen claramente que el tiempo de privación no puede quedar «en al aire», sino que la autoridad judicial debe determinarlo, «sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de tiempo» (apartado I, regla 2). En dichas Reglas se dispone, asimismo, que «la edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley» (apartado II, regla 11.a). Tal vez podría sostenerse que estas exigencias no son aplicables al caso que nos ocupa, al estar referidas a los menores que han cometido o participado en hechos delictivos. Creo, no obstante, que tal objeción no es válida, pues las Reglas de la ONU proclaman expresamente su objetivo de proteger a los menores privados de libertad «en todas sus formas» (apartado I, regla 3), es decir, con independencia de la causa que origine esa privación y sin limitarse, por tanto, al supuesto de los menores infractores. Aunque no fuera así, es lógico pensar que si para el autor de un delito se establecen determinadas condiciones para restringir su libertad, el que no lo ha cometido no puede ser de peor condición y, *a fortiori*, merece unas garantías similares o mayores.

Es importante, como digo, cuidar estas cuestiones, pues de ellas puede depender la supervivencia de este proceso en nuestro Derecho positivo. Ya está, de hecho, en el punto de mira de algunas instancias internacionales (OLAGUIBEL ECHEVERRÍA-TORRES, *Igualdades*, «Los centros de protección, pp. 258 y ss.). Por centrarnos en nuestro entorno más próximo, el del Consejo de Europa, fijémonos en las Directrices de su Comité de Ministros para una justicia adaptada a los niños (adoptadas el 17 de noviembre de 2010). En su exposición de motivos (apartado 47), tras proclamar la idéntica vigencia que el principio *nullum crimen* y *nulla poena sine lege* tiene para niños y adultos, las Directrices censuran a aquellos Estados que «a la hora de enfrentarse a conductas antisociales —pero no penales— de los niños (…), han demostrado cierta tendencia a aplicar medidas de gran alcance, incluyendo la privación de libertad». Según el Comité de Ministros, al actuar así se está incluyendo «a los niños en regímenes de intervención de un modo que resultaría intolerable de aplicarse a personas adultas».

Por otra parte, si no se suplen los vacíos e incertidumbres que hemos puesto de manifiesto, es previsible que el proceso especial del art. 778 bis LEC acabe atrayendo —si no lo ha hecho ya— las mismas críticas que viene levantando el internamiento por trastornos mentales, su «hermano» procedimental. En cuanto a este último, no son pocas las voces, tanto en el ámbito de las organizaciones internacionales como en el mundo académico, que exigen su erradicación (las recopila, adhiriéndose a ellas, Prados García, *El ingreso involuntario*, 2023, pp. 188 y ss.). Algo que, a mi juicio, sería un error en el caso del ingreso por problemas de conducta, al dejar a la intemperie situaciones límite en las que no es posible ni mantener al menor en el medio familiar, ni darle atención residencial a través de los recursos de protección ordinarios.

2. Autorización del ingreso ordinario y ratificación del urgente

Siguiendo con la disección del objeto, a través de este proceso se formula una pretensión consistente en constituir al menor bajo una modalidad específica de acogimiento residencial, mediante su ingreso en un centro de protección especializado en conductas disociales o inadaptadas. Siendo más precisos, la pretensión puede tener un contenido dual y perseguir bien la autorización judicial para hacer posible el ingreso, bien la ratificación del ingreso ya efectuado.

La primera es la regla general: por norma, la autorización del juez ha de preceder necesariamente a la privación de libertad y se erige, por tanto, en presupuesto inexcusable para la entrada y permanencia en el centro. El consentimiento del menor no exime del imperativo de pedir y obtener la oportuna autorización judicial. En esto, el procedimiento del art. 778 bis LEC se separa notoriamente del internamiento por razón de trastorno psíquico, en el que el afectado puede ingresar por voluntad propia, haciendo innecesaria la intervención de los tribunales.

El paralelismo entre ambos procedimientos, sin embargo, resurge en las situaciones de urgencia: al igual que sucede con el aquejado por trastornos mentales, cabe ingresar al menor con problemas de conducta y pedir la ratificación *ex post* del internamiento ya realizado, siempre que razones de urgencia—debidamente justificadas— hayan compelido a la inmediata adopción de la medida. En este caso, resulta crucial observar los plazos que, de forma taxativa e improrrogable, fija el art. 778 bis.3 LEC: los legitimados —entidad pública y Ministerio Fiscal, como luego veremos— han de comunicar el ingreso al órgano judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes, y dicho órgano a su vez deberá pronunciarse sobre la ratificación —o no— de la medida en el plazo máximo de setenta y dos horas, contado desde que el ingreso llegue a su co-

nocimiento. Hay que enfatizar que este internamiento urgente tiene o debe tener un carácter rigurosamente excepcional, lo que ha de precavernos frente a su eventual abuso: el peligro es claro, ya que la presión de los hechos consumados puede generar cierta inercia a la hora de ratificar estos ingresos. La angostura de los plazos obliga a comprimir trámites de audiencia, evacuación de periciales y estudio del caso por parte del juez, lo que puede provocar superficialidad y precipitación en el enjuiciamiento.

En cuanto al cumplimiento exacto de los plazos, aquí no hay excusas que valgan: se trata del reflejo civil de la duración máxima que la Constitución establece para la detención preventiva (art. 17.3 CE) y, por tanto, toda dilación se reputará indebida. Ni las dificultades logísticas ni la carga de trabajo de la Administración, la Fiscalía o el tribunal legitiman una flexibilización del arco temporal que circunscribe el internamiento urgente: lo contrario desvirtuaría el límite previsto y, a la postre, supondría el vaciamiento del derecho fundamental. No cabe descontar los tiempos muertos, como el que media desde que el ingreso se comunica al Decanato hasta que este reparte el asunto. La interposición de días festivos o períodos vacacionales tampoco ha de suponer ningún obstáculo, debiendo adoptarse las medidas necesarias para la habilitación de días y horas inhábiles conforme al art. 131 LEC, así como para incluir el control judicial de los ingresos urgentes en los servicios de guardia (Circular de la FGE 2/2016, p. 32).

Por otra parte, y aunque el art. 778 bis.3 no lo especifique, los plazos en él señalados no pueden apurarse *ad libitum*: tanto la comunicación del ingreso por parte de los legitimados como el pronunciamiento del juez relativo a su ratificación tienen que producirse en el tiempo más breve posible. Si se demoran más de lo estrictamente necesario, el ingreso se tornará ilegítimo y deberá alzarse: puesto que esas actuaciones podrían haberse realizado en un plazo inferior, ello supondrá la ineficacia del internamiento urgente, aunque no se haya rebasado el límite máximo de las veinticuatro y las setenta y dos horas (respectivamente). Resulta extrapolable, en este sentido, la doctrina acuñada por el Tribunal Constitucional tanto a propósito de las detenciones policiales por sospechas delictivas (STC 288/2000, de 27 de noviembre) como en materia de internamiento urgente por trastorno psíquico (STC 141/2012, de 2 de julio).

De igual modo, la superación de los indicados límites temporales abre la posibilidad de acudir al procedimiento de *habeas corpus*, aplicable con independencia del carácter penal o no de la detención. Este procedimiento también podrá utilizarse ulteriormente, si los sujetos concernidos incumplen, o no cumplen tempestivamente, los deberes que se les imponen para el control periódico del ingreso (STC 104/1990, de 4 de junio). Aquí, no obstante, surge un

problema: si bien los informes de revisión del internamiento (del director del centro y la entidad pública) tienen una periodicidad claramente determinada (tres meses o la inferior que se haya señalado en el auto de ingreso), lo que hace fácil constatar cualquier posible extralimitación, no sucede lo mismo con el tiempo del que dispone el juez para valorar esos informes y resolver sobre la continuación de la medida. En este punto, y ante la inconcreción del plazo para resolver, será más difícil dilucidar —salvo casos palmarios— el eventual exceso en el tiempo de detención.

Puesto que la inobservancia de los plazos de comunicación y ratificación del ingreso urgente supone una infracción de las normas esenciales del procedimiento, no hay convalidación ni subsanación posible: un auto tardío no puede purificar un internamiento viciado de raíz, porque sería tanto como dar pátina de juridicidad a una vía de hecho. Por consiguiente, superado el límite, el ingreso ha de dejarse sin efecto. Desde ese mismo momento, la privación de libertad deviene ilícita y solo cabe ordenar la inmediata salida del centro. Ello no significa que el procedimiento deba concluir necesariamente, sino que —en caso de seguir— transmutará su naturaleza: de procedimiento urgente pasará a ordinario. En otras palabras, una vez expirado el plazo, el juez no pierde la facultad de pronunciarse sobre la necesidad del internamiento, pero esa decisión habrá de tomarla estando el afectado en libertad.

Hay, no obstante, una alternativa a la puesta en libertad: que, rebasado el plazo para la ratificación del ingreso o rechazada esta por no apreciarse motivos de urgencia, la entidad pública disponga provisionalmente el acogimiento residencial de ese menor en un centro de protección ordinario. Este, a diferencia de lo que sucede con los centros especializados en problemas de conducta, no precisa de autorización judicial y puede acordarse directamente por la entidad pública, que sigue ostentando la tutela o guarda administrativa sobre el menor (López Azcona, *Derecho Privado y Constitución*, «El acogimiento residencial», p. 180). Otra cosa es que tal opción resulte adecuada, para lo cual habrá que ponderar con sumo cuidado las circunstancias del caso: introducir a un menor con graves problemas de comportamiento, que pueden incluir episodios de hostilidad o violencia hacia los demás, en un centro que carece de recursos para atender ese perfil puede no ser la mejor idea. El mayor riesgo de alteraciones, tensiones o conflictos tanto con el personal como con los otros internos —menores en desamparo con durísimas circunstancias familiares, no lo olvidemos— puede comprometer seriamente la convivencia en esos centros ordinarios, así como la evolución de los menores allí acogidos.

V. Los sujetos

Los sujetos principales del proceso aquí estudiado son tres: el menor (que ostenta la legitimación pasiva); el solicitante del ingreso (es decir, las personas o entidades activamente legitimadas para promoverlo); y, por último, el órgano judicial que conoce y resuelve sobre el ingreso ya sea concediendo, ya denegando su autorización, órgano que ha de ser concretado en su doble vertiente (competencia objetiva y territorial). Cada uno de ellos merece un análisis particularizado, que acometemos en los siguientes epígrafes.

1. El menor

Es preciso definir las circunstancias que deben concurrir en el menor para fundamentar la aplicación de la medida. De una lectura combinada del art. 778 bis LEC y los preceptos concordantes de la LOPJM (arts. 25 y 26) pueden extraerse varias circunstancias o elementos que permiten trazar el perfil de ese menor. Como veremos, el empeño legislativo no consigue disipar el halo de vaguedad que se extiende sobre las características, hechos y conductas que conforman el supuesto para la privación de libertad. Se trataría de un fenómeno semejante al de los tipos penales abiertos que, por el excesivo espacio de valoración que dejan en manos del juez, se compadecen mal con nuestro sistema de garantías.

Por otra parte, una vez examinados los requisitos que debe reunir el destinatario del internamiento, abordaremos la relevante cuestión de la representación y defensa del menor a lo largo del proceso.

A) Menores previamente institucionalizados

Solo los jóvenes que se encuentren ya *dentro* del sistema de protección de menores pueden verse afectados por una medida como la aquí estudiada. No caben, pues, internamientos *fuera del sistema*: legalmente se excluye el ingreso por conductas disruptivas en centros privados que no dependan ni estén vinculados con la Administración. El previo paso por esta es, por tanto, imprescindible.

De forma sintética, el menor se hallará en una de estas dos situaciones: o bien ha sido declarado en desamparo por la Administración, con la consiguiente sujeción a la tutela *ex lege* de la entidad pública de protección de menores; o bien los propios padres han decidido ponerlo bajo el cuidado de la Administración, solicitando la denominada «guarda voluntaria». Hay una tercera posibili-

dad, menos frecuente y de carácter residual, que es la atribución de la guarda a la entidad pública por decisión del juez «en los casos en que legalmente proceda», en virtud del art. 172 bis.2 del Código Civil (en adelante, CC). Ello conecta con el art. 158 CC, que confiere potestad al juez para dictar de oficio, a instancia del menor, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal «las medidas convenientes (…) para proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres» y «las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas». Esas medidas, que como decimos pueden incluir la constitución judicial de la guarda, «podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria».

La declaración en desamparo, regulada en los arts. 172 CC y 18 LOPJM, se activa ante el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes parentales, a causa del cual el menor queda privado de la necesaria asistencia moral o material. A título ejemplificativo, se consideran constitutivos de tal situación el abandono del menor, los malos tratos físicos o psicológicos, los abusos sexuales y la negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud, la inducción a la mendicidad, la delincuencia o la prostitución, el grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, la ausencia de escolarización y la permisividad continuada o inducción al absentismo escolar. En estos casos, la asunción de la tutela por la entidad pública conlleva la suspensión de la patria potestad.

Lógicamente, los padres (y el propio menor, entre otros interesados) pueden impugnar la resolución administrativa por considerar improcedente ya sea la declaración de desamparo, ya la medida de guarda acordada por la entidad protectora. También pueden pedir la revocación del desamparo si, en los dos años siguientes, entienden que han cambiado las circunstancias que motivaron su declaración y se ven en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Para lo primero han de acudir a la jurisdicción civil y entablar el proceso regulado en el art. 780 LEC, relativo a la oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Para lo segundo, han de dirigir su solicitud a la entidad pública (art. 172.2 CC), cuya decisión será impugnable por el mismo cauce procesal (González Pillado, *Indret*, «Procedimiento de oposición», 2008; Escalada López, *Revista de la APDPUE*, «El proceso de oposición», 2020, pp. 174 y ss.).

Si estos procedimientos para impugnar o revocar el desamparo llegaran a coexistir en paralelo con un proceso para el internamiento por problemas de conducta, pendiente ante el mismo o distinto tribunal, surgirían problemas de prejudicialidad que la ley no contempla, ni resuelve. Lo más prudente en tales

casos sería suspender el proceso relativo al internamiento con arreglo al art. 43 LEC, a la espera de lo que se decida sobre el desamparo declarado en vía administrativa: huelga señalar los perjuicios que, para el interés superior del menor, podría suponer el tiempo pasado en el centro y el apartamiento de su familia si, finalmente, se revocase la declaración de desamparo, sin la cual el acogimiento residencial carece de base jurídica. En el caso de los ingresos urgentes, practicados por decisión administrativa y sometidos a la ulterior ratificación del juez, esa suspensión será inviable, porque impedirá cumplir el plazo máximo de setenta y dos horas del art. 778 bis.3 LEC: en ese plazo tiene que haber, incondicionalmente, una resolución judicial, sea manteniendo el ingreso, sea ordenando su cese inmediato.

Por otro lado, la suspensión de la patria potestad derivada de la declaración en desamparo no implica—al menos, en principio— desterrar a los padres de la vida del menor: se trata de un mero paréntesis legal hasta que la situación fáctica se aclare (GARCÍA CANTERO, *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, «El desamparo», 2004, p. 248). A pesar de la gravedad de alguna de las situaciones que dan lugar al desamparo y de la alta reprochabilidad que en ciertos casos se observa en la conducta de los progenitores, la separación del núcleo familiar se considera un mal—necesario, pero un mal al fin y al cabo— cuyas consecuencias deben minimizarse. Por ello, en las medidas que se adopten—sean de acogimiento familiar o residencial— late la aspiración última del retorno del tutelado a su familia de origen, siempre que ello sea compatible con el interés superior del menor.

Para que la reintegración sea posible, como es lógico, los servicios de protección de menores deben preparar el terreno: ello supone, por una parte, que ha procurarse la continuidad de los vínculos familiares en la medida en que no resulte perjudicial para el menor acogido, arbitrando visitas periódicas que mitiguen los efectos de la separación. Por otra parte, la acción protectora no ha de focalizarse solo en el niño o adolescente, sino que debe proyectarse en su entorno: a este respecto, trabajar con los padres y el resto de parientes y allegados resultará imprescindible a fin de pacificar la convivencia, sanear las dinámicas familiares y crear el clima afectivo que el menor precisa. Como apunta el Defensor del Pueblo en su Informe de 2009 (p. 28), el ingreso del menor declarado en desamparo no pretende «suplantar su mundo» ni imponerle vivir separado de su familia hasta que cumpla la mayoría de edad. No se ha de privar a ese menor de la «oportunidad de reconstruirse en el seno de su propia familia, una vez que ésta se haya reconstituido».

En cuanto a la guarda voluntaria, el art. 172 bis CC (junto con el art. 19 LOPJM) anuda esta figura a la existencia de «circunstancias graves y transitorias» que

impidan a los padres cuidar del menor. Por ello, lo entregan a la entidad pública hasta que el escenario se normalice y pueda restablecerse, en condiciones adecuadas, el ejercicio de la parentalidad. Dicha guarda durará un máximo de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje una prórroga. A diferencia de lo que sucede con la tutela *ex lege*, esta guarda voluntaria a cargo de la Administración no suspende la patria potestad y, por tanto, permite a los padres conservar sus facultades de decisión sobre las cuestiones importantes relativas a la formación, educación o salud del menor (Cortada Cortijo, *Revista de Derecho Civil*, «La guarda voluntaria», 2024, p. 132).

La guarda administrativa a petición de los padres suele ser reflejo de realidades que divergen notablemente de las constitutivas de desamparo. Se trata, frecuentemente, de familias que ya no saben qué hacer y acuden a los servicios de protección de menores al haber alcanzado el límite de sus fuerzas, tras un peregrinaje tan agotador como infructuoso por oficinas, consultas y despachos de toda índole: en suma, padres implicados, pero superados. Y todo apunta a que es una vía de llegada habitual a los centros de protección por problemas de conducta. Lo vislumbró tempranamente el Defensor del Pueblo en la investigación que, como expusimos *supra*, operó como acicate de la reforma de 2015. Advirtió que en estos centros ya no se atendía solo a menores procedentes de familias desestructuradas y con problemas socioeconómicos graves, sino también a menores de familias con un nivel socioeconómico medio que, al no poder controlar las conductas exacerbadas de sus hijos y no recibir la respuesta adecuada en instancias educativas ni sanitarias, recurrían a la entidad pública para que ingresaran a sus hijos (Defensor del Pueblo, *Informe sobre centros de protección*, 2009, p. 266).

La propia Ley Orgánica 8/2015, reformadora del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, se hizo eco de ello en su preámbulo (apartado II), constatando que los menores ingresan en estos centros, «en un número cada vez más elevado, a petición de las propias familias ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filioparental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental». Y la misma percepción parece existir en las secciones especializadas de la Fiscalía, a partir de la casuística que irrumpe en sus sedes (Rubio Vicente, *Seminario de especialización en menores. Protección y reforma*, 2013, p. 23). Esto permite cuestionar algunas críticas relativas al carácter presuntamente discriminatorio del ingreso de menores con problemas conductuales: no se trata, creo, de una medida que venga a «criminalizar la pobreza y la exclusión» (Colás Turégano, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, «Centros de internamiento», 2023, p. 106) ni de un instrumento de limpieza social que se «cebe» con los grupos más débiles, marginados

o estigmatizados. Por el contrario, los problemas de conducta en la infancia y la adolescencia no parecen estar circunscritos a un determinado ambiente familiar ni condicionados por el nivel cultural o socioeconómico: lo mismo pueden azotar a familias consideradas «desestructuradas» que a familias aparentemente «funcionales» (BERROCAL LANZAROT, *El nuevo régimen jurídico del menor*, 2017, p. 74).

B) Menores diagnosticados con problemas de conducta: un concepto sobre arenas movedizas

Aparte del sometimiento a la tutela o guarda de la entidad pública de protección de menores, el presupuesto subjetivo para el ingreso gira en torno a un eje fundamental: la existencia de «problemas de conducta», debidamente diagnosticados. Ese diagnóstico requiere la correspondiente actividad pericial, que se desarrollará en dos momentos: al inicio del proceso, aportando una «valoración psicosocial» que, aunque no se diga, se erige en requisito para la admisión a trámite de la solicitud de autorización (art. 778 bis.1 LEC); y durante el desarrollo ulterior de las actuaciones, en las cuales se exige al juez —como prueba preceptiva— que recabe al menos el «dictamen de un facultativo por él designado» (art. 778 bis.4 LEC).

Salta a la vista que el talón de Aquiles de este proceso radica en la brumosa noción legal a la que se anuda el ingreso y el resto de consecuencias que este desencadena: desde la principal y más básica de ellas —la privación de libertad—, hasta otras como la contención física o mecánica del menor, los registros de su persona o de sus dependencias privadas, la limitación de salidas y visitas, la restricción de comunicaciones y la imposición de sanciones disciplinarias. De ahí que, como decíamos *supra*, resulte cuestionable que en este punto el Estado español cumpla los parámetros de «calidad de la ley» exigidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Nuestro legislador intenta paliar de varias formas la indefinición que acarrea su llana referencia a los «problemas de conducta». En efecto, tanto en el articulado de la LOPJM como en el preámbulo de su ley reformadora (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) aparecen ingredientes que aspiran a delimitar, de manera más precisa, el presupuesto para el ingreso en un centro de protección especializado. No obstante, estos intentos clarificadores no solo no aportan la certeza buscada, sino que ensombrecen aún más la cuestión.

Hallamos, a este respecto, un intento de delimitación positiva y dos intentos de delimitación negativa o por exclusión del colectivo al que va destinada esta medida protectora. En cuanto al primero, el art. 25.1 LOPJM, en su párrafo 2º,

ofrece una interpretación auténtica de lo que entiende por problemas de conducta, procurando dotar al concepto de unos contornos más aprehensibles: allí, se concreta que estos problemas han de consistir en «conductas disruptivas o di-sociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros». No puede decirse que estos términos consigan disipar la indeterminación del concepto, si bien nos brindan cierta aproximación a su significado. Al menos, queda clara la nota de la reiteración o persistencia que, necesariamente, debe concurrir en los comportamientos problemáticos: no se trata de simples travesuras o rebeldías esporádicas, propias de ciertas etapas del desarrollo, sino de patrones recurrentes que generan un deterioro significativo en la vida del menor y su entorno.

Por lo demás, la fórmula utilizada en el art. 25.1 LOPJM no hace sino aumentar la ambigüedad del concepto. Fijémonos, especialmente, en la referencia a la transgresión de «las normas sociales»: reproduciendo la incógnita planteada por Colás Turégano (*Revista de Derecho Penal y Criminología*, «Centros de internamiento», 2023, p. 92), ¿a qué normas se refiere el texto legal? ¿Dónde están publicadas? Esas normas se mueven en un ámbito impreciso donde se mezclan costumbres, normas de cortesía, valores socioculturales, reglas de convivencia, pautas relacionales, modelos de comportamiento esperables en las diferentes edades y contextos y un sinfín de reglas implícitas: la terminología utilizada no permite, desde luego, deslindar fácilmente al menor desobediente o díscolo del menor inadaptado, en situación de dificultad social, para el que está pensada la medida de internamiento.

Para avanzar un paso más en la concreción del concepto debemos acudir al preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, cuyo apartado II añade pinceladas significativas al retrato del menor con problemas de conducta: en su párrafo 9º se habla de «situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filioparental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental». De esta forma, a la reiteración se añade la nota de la gravedad, en la que abunda el párrafo 11º al señalar que el ingreso en centros específicos está destinado a atender «graves problemas de comportamiento» para los que no hay otra alternativa, pues «las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado». Ciertamente, estos elementos entresacados del preámbulo de la reforma procuran cierta ayuda, pero ni su ubicación es la adecuada —al hallarse en el preámbulo, carente de valor normativo— ni alcanzan a solventar el carácter excesivamente fluido de la noción legal.

En realidad, los problemas de conducta abarcan toda una fenomenología o «constelación de comportamientos» (Defensor del Pueblo, *Informe sobre cen-*

tros de protección, 2009, p. 29) cuya intrínseca variedad, seguramente, explica la economía lingüística del legislador: ante una realidad tan compleja y abigarrada, ha preferido no ponerle puertas al campo. Sin embargo, habría que ponérselas, aunque resulte difícil, porque la materia tratada exige extremar los niveles de seguridad jurídica: no hay que olvidar que el ingreso y permanencia en estos centros penetra en el núcleo duro de los derechos fundamentales y, además, afecta a personas particularmente vulnerables, como se ilustró en la introducción de este trabajo. Por ello, coincido con quienes propugnan *de lege ferenda* la introducción de un elenco ejemplificativo de posibles comportamientos calificables como problemas de conducta, de un modo paralelo a lo que se ha hecho con las circunstancias constitutivas de desamparo (LÓPEZ AZCONA, *Derecho Privado y Constitución*, «El acogimiento residencial», p. 156).

En ese catálogo abierto podrían figurar conductas como las siguientes: accesos injustificados de cólera, negación de la autoridad manifestada en continuos enfrentamientos con adultos, vandalismo, participación en peleas, absentismo escolar crónico o abandono prematuro de los estudios, fugas del hogar durante períodos prolongados, prácticas de intimidación o acoso (*bullying*), conductas sexuales de riesgo, consumo de sustancias psicoactivas, uso de la tecnología para comportamientos inadecuados (exposición inadecuada de la propia imagen, ciberacoso, *sexting* no consentido), baja capacidad de autorregulación emocional, con fluctuaciones anímicas intensas y desproporcionadas, asociación con pares problemáticos, liderazgo negativo sobre otros adolescentes, autolesiones o conductas heteroagresivas, conflictos con profesores y personal educativo, conflictos frecuentes e intensos con padres y hermanos, etc.

Se trata solo de un esbozo de posible mejora regulatoria que mentes más preparadas que la de quien escribe estas líneas sabrían, sin duda, completar y perfeccionar. En cualquier caso, dicho esbozo demuestra que sería posible incorporar, en el plano legal, una definición más acotada de los problemas conductuales que pueden justificar el ingreso, en aras de la certidumbre y previsibilidad que esta materia demanda.

Sea como fuere, y como ya se adelantó, el legislador ha intentado acrisolar su noción de «menor con problemas de conducta» por vía negativa, es decir: ante la dificultad de dar una definición precisa, ha intentado aclararla señalando quiénes están *excluidos* de esta modalidad de acogimiento residencial y del proceso encaminado a constituirlo. Esos supuestos de exclusión son dos: los menores cuyas conductas disruptivas tengan el trasfondo de una alteración o deficiencia psíquica; y los menores en conflicto con la ley penal (o menores infractores). Ya se dijo al principio de este trabajo que los menores con problemas de conducta constituyen un *tertium genus* frente a esas dos categorías.

También advertimos que, hasta la reforma de 2015, estos jóvenes habitaban en una suerte de limbo jurídico, lo que llevaba a internarlos en centros que no se acomodaban a sus necesidades y en donde acababan mezclándose con menores de muy distinto perfil. En este sentido, la delimitación negativa realizada por el legislador resulta meritoria, pero no corre mejor suerte que su previo intento de delimitación positiva: como se ha apuntado en la doctrina (López Azcona, *Derecho Privado y Constitución*, «El acogimiento residencial», p. 157), la disección entre los tres colectivos de menores señalados —con problemas de conducta, con trastorno mental e infractores— puede no resultar tan sencilla en la práctica como pretende la norma.

En lo que atañe al primer colectivo excluido de esta medida protectora, a él se refiere el art. 26.2 LOPJM, en cuya virtud «no podrán ser ingresados en estos centros los menores que presenten enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad». Estos casos quedan extramuros del proceso especial regulado en el art. 778 bis LEC y deberán canalizarse a través del art. 763 LEC, relativo al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

No obstante, esta tajante división prescinde de la delgada línea que, en ocasiones, separa el problema de conducta del trastorno mental: ya el Defensor del Pueblo advirtió de la controversia científica existente a este respecto (Defensor del Pueblo, *Informe sobre centros de protección*, 2009, pp. 29 y ss.); asimismo, las comparecencias de diversos expertos ante la Comisión especial constituida en el Senado en 2011 revelaron la falta de un criterio uniforme a la hora de distinguir entre las conductas aprendidas y las asociadas a una patología psíquica (López Azcona, *Derecho Privado y Constitución*, «El acogimiento residencial», p. 155). No en vano, una de las guías más autorizadas en el ámbito de la psiquiatría, el conocido como DSM-5-TR, clasifica los problemas de conducta dentro de los trastornos mentales. Bajo la rúbrica de «trastornos disruptivos, del control de impulsos y de la conducta», alude a diversas subespecies como el «trastorno negativista desafiante», el «trastorno explosivo intermitente», el «trastorno de personalidad antisocial», «otros trastornos de conducta especificados» y «trastornos de conducta no especificados» (American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 2022, pp. 727 y ss.).

Por otra parte, por mucho que se quiera «desmedicalizar» los problemas de conducta y tratarlos como una cuestión social y educativa, no hay que olvidar que junto a ellos suelen darse afecciones mentales concomitantes o «comórbidas»: así, no es infrecuente que estos menores presenten cuadros de depresión, ansiedad, trastornos adictivos o del apego. Ello introduce al menor en un

círculo en el que lo patológico y lo conductual se retroalimentan mutuamente, fundiéndose (y confundiéndose) las causas y los efectos. El propio legislador, además, desdibuja las fronteras que él mismo se ha esmerado en trazar a través de dos preceptos referidos a contingencias sanitarias: el art. 25.5 LOPJM, que impone el deber de continuar en el centro con los apoyos especializados que vinieran recibiendo los menores con discapacidad, en aparente contradicción con la exclusión del art. 26.2; y el art. 33 LOPJ, que regula la posible administración de medicamentos a los menores durante su estancia en los centros (medicamentos que pueden incluir, y frecuentemente incluyen, fármacos para la regulación emocional y la estabilización del ánimo, propios del ámbito de la salud mental). Todo ello revela que el mencionado «limbo» de los menores con problemas conductuales sigue teniendo unos límites borrosos, aumentando la incertidumbre que gravita en torno al presupuesto subjetivo del ingreso: el legislador ha creado artificialmente categorías concebidas como compartimentos estancos que, en la realidad tangible, pueden ser muy difíciles de distinguir.

Queda por abordar el otro supuesto excluido del ingreso en estos centros de protección específicos: el de los menores infractores. El dato de la incriminación por hechos delictivos parece ofrecer un criterio de exclusión más nítido y seguro, si lo comparamos con el caso —mucho más escurridizo— de las enfermedades y trastornos psíquicos. Sin embargo, tampoco aquí el legislador ha sabido hilar fino: como veremos, en el esquema legal hay diversos poros o resquicios por los que un menor, autor de hechos tipificados como delito, puede acabar ingresado en un centro residencial por problemas de conducta. Y no está claro que con ello salga mejor parado: el internamiento en los centros de reforma goza de una regulación detallada que incide en todos los aspectos de la vida del menor en el centro, construyendo un consistente entramado de garantías (arts. 43 a 60 LORPM, desarrollados por los arts. 23 a 85 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio). Ello contrasta con la estancia (y sus diversos avatares) en los centros de protección por problemas conductuales, cuyo régimen jurídico es mucho más parco.

El propio legislador parece deslizarse hacia la incoherencia, si atendemos a lo que dice en el ya citado preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015. En él advierte que la intervención sobre el menor con problemas de conducta «no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos» cuando poco antes, al describir someramente esos problemas, alude de manera específica al «comportamiento agresivo» y la «violencia filioparental» (apartado II, párrafos 11º y 9º, respectivamente). Desde luego, la relevancia penal de tales conductas resuena de forma palmaria: es difícil concebir casos en que esas explosiones de agresividad y esa violencia sobre los progenitores u otros familiares o convivientes no sean subsumibles en algún tipo delictivo.

Así las cosas, pueden identificarse al menos cuatro vías por las que un menor autor o partícipe en un hecho tipificado como delito puede salir del ámbito de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM) y acabar ingresado en un centro de protección por problemas de conducta. La primera será la falta de denuncia por parte de la víctima a los efectos de incoar el expediente de reforma (art. 16 LORPM). A esta situación podrían asimilarse los casos en que dicha víctima, durante la audiencia ante el juez de menores, se acoge a la dispensa del deber de declarar prevista para los familiares más próximos, privando a la acusación de un soporte probatorio que a menudo resulta crucial en los delitos de violencia doméstica (art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la disp. final 1ª LORPM). No cabe ignorar, a este respecto, la cifra oculta de casos no denunciados de violencia filioparental: solo los casos más graves, que representan una porción muy reducida del total, salen a la luz (LÓPEZ AZCONA, *Derecho Privado y Constitución*, «El acogimiento residencial», p. 159), lo que hace suponer que esta será una puerta de entrada habitual de menores infractores en los centros por problemas conductuales.

La segunda vía es el art. 1 LORPM, que circunscribe la aplicación de dicha norma a los mayores de catorce y menores de dieciocho años. Como sabemos, los menores de catorce son inimputables y, por tanto, los hechos que perpetren, aunque estén tipificados como delito, están sustraídos a cualquier tipo de reproche penal. El art. 3 LORPM dispone para ellos la aplicación de las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y legislación concordante, en la que destaca precisamente la LOPJM. El Ministerio Fiscal —sigue diciendo el precepto— remitirá a la entidad pública encargada de dicha protección testimonio de lo actuado para que valore la situación y promueva las medidas adecuadas a las circunstancias del menor. Naturalmente, entre dichas medidas, si lo considera justificado, la entidad pública puede asumir la tutela o guarda administrativa y acordar el ingreso en un centro especial para problemas conductuales, acudiendo al proceso del art. 778 bis LEC para su autorización o ratificación judicial.

La Fiscalía General del Estado, cautelosa, ha alertado del «fraude de etiquetas» que esto puede suponer (Circular de la FGE 2/2016, p. 15): el ingreso no puede utilizarse como subterfugio para sancionar a quienes están por debajo del límite de la imputabilidad penal. Ciertamente, hay que darle la razón a la Fiscalía: la comisión de una infracción penal no justifica por sí sola el ingreso en un centro específico, prescindiendo de su gravedad y demás circunstancias concurrentes, ni permite catalogar sin más a su autor como «menor con problemas de conducta».

Aquí han de evitarse los automatismos, que podrían llevar a traducir mecánicamente el término «delito» como «problema de conducta», con las consecuencias que de ahí se derivarían. Hechos como el hurto de un teléfono móvil o la usurpación de un inmueble para celebrar un «botellón» no tienen gravedad suficiente para legitimar medidas de tal alcance ni constituyen, tomados aisladamente, problemas de conducta en el sentido del art. 25 LOPJM. Sin embargo, es más aventurado aseverar que hechos graves, extremadamente violentos e incluso atroces cometidos por menores penalmente irresponsables no tienen por qué ser ni guardan necesariamente relación con un problema de conducta (véanse, a este respecto, los casos expuestos por JIMÉNEZ DÍAZ, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, «Algunas reflexiones», pp. 2 y 3). Por otra parte, ya sabemos el alud de críticas al sistema que suele desatarse cada vez que un crimen de estas características es cometido por menores de tan corta edad, en un contexto de angustia colectiva, percepción de impunidad y reivindicaciones punicionistas. Por ello, en tales casos será difícil evitar la tentación de usar el ingreso en centros específicos como un sucedáneo o alternativa pseudopenal del internamiento en centros de reforma, creando una imputabilidad *de facto* —y *contra legem*— para los menores de catorce años.

Volviendo a los mayores de dicha edad, resta abordar los otros dos resquicios por los que los menores infractores pueden salir del ámbito de la justicia juvenil y entrar en el de una medida —el acogimiento residencial por problemas de conducta— que parecía estarles vedada. Uno de ellos es el principio de oportunidad plasmado en el art. 18 LORPM, en cuya virtud el Ministerio Fiscal puede desistir de la incoación del expediente de reforma cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación o bien delitos leves, comunicándolo a los ofendidos o perjudicados. La fiscalía dará traslado a la entidad pública de protección de menores para que proceda conforme al art. 3 LORPM, en cuyo marco, como vimos, puede acordarse el ingreso en un centro específico.

El último resquicio lo hallamos al final del proceso penal, en las medidas que el juez de menores puede imponer en su sentencia. Entre ellas, el art. 7.1.j LORPM incluye la «convivencia con otra persona, familia o *grupo educativo*» adecuadamente seleccionados para orientar al joven en su proceso de socialización, por el tiempo que el juez determine. Ese «grupo educativo» bien puede ser el integrado por los profesionales y los menores residentes en un centro especializado en problemas de conducta, como se ha reconocido en la praxis judicial (AAP Zaragoza [Sección 2ª] de 21-12-2022 [JUR\2023\143097]).

En definitiva, volvemos a descubrir múltiples vasos comunicantes entre categorías o grupos de menores que, en abstracto, se hallaban netamente dife-

renciados, sembrando de ambigüedades el presupuesto subjetivo del ingreso: se difumina así el propósito original del legislador, que era dispensar un tratamiento distinto a cada perfil, con el consabido riesgo de confundir el ámbito de la protección con el de la reforma.

C) Incertidumbres en torno a la postulación: el misterioso «abogado independiente»

La norma procesal guarda silencio acerca del régimen de representación y defensa técnicas del menor en el proceso conducente a su ingreso en un centro específico. Esta omisión contrasta con lo establecido para el internamiento por razón de trastorno psíquico. Para este, el art. 763 remite a lo dispuesto en el 758 LEC, en cuya virtud el afectado puede comparecer con su propia defensa y representación; de no hacerlo, lo representará el Ministerio Fiscal, siempre que este no haya sido el promotor del procedimiento, en cuyo caso se le designará (si no estuviera nombrado ya) un defensor judicial.

Una cosa es clara: la postulación es preceptiva, pues no se excepciona su general obligatoriedad establecida para los procesos no dispositivos (art. 750.1). El menor en trance de ser internado precisa de alguien que asuma su representación causídica, le oriente jurídicamente y dirija su defensa en el proceso. La cuestión es cómo debe cubrirse esa necesidad, y quién ha de cubrirla.

Dado el déficit de capacidad de obrar del menor, se supone que habrán de ser sus representantes legales quienes actúen por él y, en su caso, designen abogado y procurador. Obviamente, ese rol representativo difícilmente puede ser desempeñado por los padres: o bien han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad (en el caso del menor declarado en desamparo); o bien los progenitores se encuentran en conflicto de intereses con el menor, como sucederá en los casos en que han solicitado la guarda voluntaria a la entidad pública con miras, precisamente, a posibilitar su internamiento en un centro de protección. En idéntico conflicto se hallará la entidad tutora o guardadora, que de ordinario será quien solicite el internamiento y no puede desempeñar dobles papeles, actuando a un tiempo como parte activa y como representante de la parte pasiva del proceso.

Es más: aunque la idea pueda resultar osada, creo que en un proceso de estas características el Ministerio Fiscal tampoco resulta el más indicado para representar y defender al menor. A diferencia de lo que sucede con otros procesos no dispositivos, en este confluyen y, eventualmente, colisionan varios de los intereses por los que, de acuerdo con la Constitución y su estatuto orgánico, debe velar el Ministerio Fiscal. Debe tenerse en cuenta que este no solo defien-

de el interés de los menores y otras personas desprotegidas o vulnerables: también defiende el interés social, el interés público tutelado por la ley y los derechos fundamentales, tanto los del propio menor como los de los terceros que se han visto o pueden verse afectados por su comportamiento disruptivo.

Ciertamente el Ministerio Fiscal actúa con imparcialidad en el ejercicio de su función pero, en ese enjambre de intereses tan difíciles de conciliar, lo que aquí importa, que es la representación y defensa del menor, no se sabe qué lugar ocupa. Por ello, aunque el Ministerio Fiscal no sea el promotor del procedimiento, dudo que su intervención baste para suplir la necesidad de postulación de quien está expuesto a una potencial privación de libertad. Aunque nos hallamos en el ámbito de la protección, y no en el punitivo-sancionador, pensemos en el detenido—sea menor o adulto— al que se toma declaración en sede judicial o policial con base en sospechas delictivas, declaración de la que puede depender nada menos que la conservación o la pérdida de su libertad: a nadie se le ocurriría sostener que basta la presencia del fiscal para defender al detenido, pudiendo prescindirse del patrocinio de un abogado.

Solo nos queda, por tanto, ese representante provisional e interino con el que cuentan los menores y discapaces cuando carecen de otro mecanismo integrador de su capacidad, o este no puede operar por el motivo que fuere: el defensor judicial. Dicho cargo recae normalmente sobre alguna figura de apego, procedente del entorno del menor, que se estime adecuada para velar por su interés superior. Como se ha dicho con acierto, su denominación no debe llevarnos a engaño ni desdibujar su verdadero papel, que es la representación legal: el término «defensor» puede evocar la tarea llevada por el abogado, cuya intervención también será necesaria cuando la LEC requiera postulación, como es nuestro caso (GARCIMARTÍN MONTERO, *Anuario de Justicia de Menores*, «El menor en el proceso civil», p. 83). Parece, pues, que hemos dado con la solución: el nombramiento de un defensor judicial, que en su caso será quien se ocupe de encomendar—en nombre del menor— la dirección letrada del asunto a un abogado o, si se cumplen los requisitos previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, solicitar que se designe uno de oficio. La propia LOPJM recoge, en su art. 10.2.e, el derecho del menor a solicitar al tribunal el nombramiento de un defensor judicial. Creo, no obstante, que el órgano judicial debería efectuar este nombramiento de oficio tan pronto como advierta los conflictos de intereses a los que hemos hecho referencia y que, comúnmente, se darán en este tipo de procesos.

Sin perjuicio de lo dicho, sin embargo, en esta materia se advierten avances que otorgan al menor un alto grado de autonomía, situándolo en una posición prácticamente equiparable a la del adulto a los efectos de recabar asistencia

letrada; ello, claro está, siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, cuando tenga más de doce años, como sucederá—o debiera suceder— siempre en el proceso del art. 778 bis LEC (art. 9.2 LOPJM). A este respecto, el ya citado art. 10.2.e LOPJM establece, como decíamos, el derecho del menor a pedir el nombramiento de un defensor judicial, pero también —y en primer lugar— el derecho a solicitar asistencia legal.

En el seno del Consejo de Europa, este derecho ha sido ampliamente desarrollado a través de las Directrices de su Comité de Ministros para una justicia adaptada a los niños, de 17 de noviembre de 2010. Según la directriz 37, los niños tienen derecho a «su propia asistencia y representación jurídicas, *en su propio nombre*, en procedimientos en los que hay, o puede llegar a haber, un conflicto de intereses entre el menor y los padres u otras partes implicadas». Los abogados que les asistan «deben estar formados y familiarizados con los derechos de los niños y asuntos relacionados con los mismos, recibir formación continua y en profundidad y ser capaces de comunicarse con los niños adaptándose a su nivel de comprensión» (directriz 38). Y, a tenor de la directriz 40, «los niños deben considerarse clientes de pleno derecho con sus propios derechos, debiendo los abogados que representen a menores exponer la opinión del niño».

La exposición de motivos que acompaña a las Directrices explica con detalle el significado e implicaciones de lo que antecede. En ella se dice que hay que garantizar la «libertad de los niños de elegir abogado», para lo cual debe instaurarse un sistema de abogados especializados en menores. Se apunta, asimismo, la importancia de que «los honorarios del abogado del niño no se imputen a sus padres, ni directa ni indirectamente. Si el abogado lo pagan los padres, en particular en asuntos con conflictos de intereses, no existe ninguna garantía de que el letrado pueda *defender las opiniones del niño de una manera independiente*». Se aclara que la función exacta del abogado de menores no es «exponer lo que considera que va en el interés superior del niño (como un tutor o un defensor público), sino que debe determinar y defender las opiniones y los juicios del menor *igual que si se tratara de un cliente adulto*» (apartados 103 y 104).

De todo lo dicho se desprende que, en el proceso enderezado al ingreso del menor, este tiene derecho a comparecer con su propia asistencia letrada y a hacerse defender por ella, entablándose una relación directa entre abogado y patrocinado sin mediación ni interferencia de padres, tutores, guardadores o defensores judiciales. En definitiva, la solicitud o elección de abogado se subsumiría en el art. 162.1º LEC, que exceptúa de la representación legal a que están sujetos los menores los actos relativos a derechos de la personalidad que,

de acuerdo con su madurez, puedan ejercitar por sí mismos. Obviamente, para hacer efectivo este derecho el órgano judicial deberá informar al menor acerca del mismo en un lenguaje comprensible y adaptado a sus circunstancias (PILLADO GONZÁLEZ, *Práctica de Tribunales*, «Ingreso de menores», 2020, p. 12).

Surge la duda de quién ha de ser o de dónde debe extraerse ese abogado del menor. A este respecto, en algunos territorios se prevé, con diversos matices, que el cuerpo de letrados de la Comunidad Autónoma represente y defienda en juicio a los menores tutelados por la Administración (véase, por ejemplo, el art. 55 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, en el caso de Aragón; el art. 107 de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, en el caso de la Comunidad Valenciana; y el art. 55 de la Ley 7/2023, de 10 de marzo, en el caso de Castilla-La Mancha). Esto, sin embargo, nos devuelve al mismo conflicto de intereses al que aludíamos al principio: los mismos servicios jurídicos no pueden asistir simultáneamente al menor y a la Administración que ha pedido su internamiento.

Resultan clarividentes, en este sentido, las consideraciones realizadas por el Defensor del Pueblo Andaluz en respuesta a la queja planteada por un abogado, el cual cuestionaba que la defensa en juicio de los menores tutelados por la Administración hubiera de prestarse, necesariamente, por los letrados del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía (DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *Informe Anual 2016*, pp. 323 a 325, disponible en https://www.defensordelpuebloandaluz.es/informe-anual-2016). A juicio del Defensor, semejante regulación deja poco margen para que los menores tutelados, que hubieran alcanzado madurez suficiente y cuyos derechos se van a dilucidar en un proceso judicial, pudieran expresar su opinión sobre los abogados que fueran a dirigir su defensa.

Por ello, la Defensoría considera que, igual que cualquier persona adulta puede elegir libremente al abogado de su confianza, de igual margen de decisión y autonomía personal debería disfrutar aquel menor con suficiente madurez; más aun teniendo en cuenta la eventual colisión de intereses que puede darse entre la Administración y el menor sometido a su tutela. En este punto, el Defensor Andaluz trae a colación un concepto sobre el que habremos de volver enseguida: la novedosa exigencia, introducida en la LOPJM mediante la reforma de 2015, de garantizarle al menor la asistencia legal de un «abogado independiente» en los procedimientos disciplinarios (art. 31.4) y en la impugnación de las medidas limitativas del régimen de visitas y permisos de salida (art. 34.3). Ese calificativo de «independiente» debe asociarse a un abogado que no tenga vinculación laboral o funcionarial con la Administración. En conclusión, no debe limitarse el menor tutelado la posibilidad de opinar y, en su caso, manifestar su voluntad sobre qué profesional ha de defenderle. Hay que avanzar hacia la efectividad de la autonomía personal de los menores de edad, permi-

tiéndoles optar por que su defensa en juicio se efectúe por el abogado privado de su confianza (a su costa, si dispone de medios económicos para ello), en su defecto por el abogado que sea designado por el turno de oficio o, si lo desea, por el letrado que le correspondiera del servicio jurídico de la Administración.

Por mi parte, me adhiero a lo expresado, si bien queda una cuestión pendiente: siendo claro que el menor con suficiente madurez tiene autonomía para escoger cualquiera de las opciones indicadas, resta saber cómo habrá de procederse cuando no elija ninguna. A este respecto, opiniones muy autorizadas consideran que en este proceso basta con informar al menor de su derecho a designar abogado; que no se requiere la presencia imperativa de letrado, porque esta solo tiene sentido en el ámbito de la detención penal; y que, si el menor no designa ni pide la designación de abogado, lo defenderá el Ministerio Fiscal (Circular FGE 2/2016, p. 25). No comparto este criterio. A mi juicio, en el proceso del art. 778 ter LEC ha de proveerse de asistencia letrada al menor en todo caso. Si no ejercita su derecho a designarlo tras ser informado al respecto, se le designará uno de oficio. Dos son los argumentos que lo avalan.

El primero de ellos es que esa presencia imperativa de letrado ya se exige en dos supuestos: durante la estancia del menor en el centro, hay que garantizarle la asistencia legal de un abogado independiente en los casos de los arts. 31.4 y 34.3 LOPJM, como ya dijimos. Es decir, tanto en los expedientes disciplinarios que le abran los responsables del centro, como en los recursos contra la suspensión o restricción de salidas y visitas, el menor ha de estar necesariamente defendido por un abogado. Si esta exigencia rige para «lo menos», lógicamente debería regir también para «lo más»: no tiene sentido mantener la presencia imperativa de letrado para impugnar la privación de un permiso de fin de semana, y negarla en cambio para un proceso que puede suponer la separación del núcleo familiar, el cambio forzoso de lugar de residencia y, en definitiva, la privación de libertad.

El segundo argumento deriva del art. 31.2 LOPJM, que ofrece ciertas pautas para la configuración del régimen disciplinario existente en los centros. Según este precepto, el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre los menores ingresados por problemas conductuales no puede comportar sanciones de igual o mayor entidad que las previstas en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de menores. De aquí cabe inducir un principio general: los menores con problemas conducta no han de sufrir limitaciones de derechos más severas que los menores que, por haber delinquido, cumplen medidas judiciales en centros de reforma. Y, entre esos derechos, se encuentra el de defensa y asistencia letrada. Si, en un expediente de reforma, al menor que no designa abogado se le designa uno de oficio (art. 22.2 LORPM), la misma garantía (y no inferior) se debería ofrecer a quien se expone a perder su libertad sin haber cometido un delito.

Si, finalmente, la defensa se encomienda a un abogado del turno de oficio, habrá de atenderse al art. 21 bis LOPJM, que reconoce a los menores acogidos que se encuentren en situación de desamparo el derecho de asistencia jurídica gratuita. Nada análogo se establece para los menores sometidos a guarda de la Administración a petición de sus padres. Cabe suponer, no obstante, que su presumible falta de recursos económicos les allanará el camino para litigar gratuitamente. La existencia de intereses contrapuestos con sus progenitores implicará que los ingresos del menor sean valorados individualmente, sin incluir en el cómputo los obtenidos por la unidad familiar (art. 3.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita).

2. El solicitante

A) Entidad tutora o guardadora y Ministerio Fiscal

Los arts. 778 bis.1 LEC y 26.1 LOPJM ciñen la legitimación para promover el procedimiento de ingreso a la entidad pública que ostente la tutela o guarda del menor y al Ministerio Fiscal. Aunque la ley no establece una jerarquía o escalonamiento entre dichas legitimaciones, lo que en principio parece situarlas en pie de igualdad, la Fiscalía General del Estado insta a los representantes del Ministerio Público a colocarse en un discreto segundo plano: conforme a sus directrices, el fiscal asumirá la iniciativa de forma excepcional, solicitando el ingreso únicamente en los «casos de notoria pasividad o actuación manifiestamente errática en la adopción de medidas por la entidad pública» (Circular de la FGE 2/2016, p. 56).

En la práctica, por tanto, la legitimación activa del Ministerio Fiscal tendrá un carácter subsidiario que le hará entrar en escena solo en los casos de patología administrativa: a la hora de pedir el ingreso, el protagonismo lo tiene la entidad pública. Aunque él no sea el promotor del proceso, la intervención del fiscal sigue siendo, en cualquier caso, preceptiva al verse afectado el interés de «personas menores, incapaces o desvalidas» (arts. 3.7 de la Ley 50/1981, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y 749.2 LEC), intervención que tiene su manifestación más conspicua en el informe que debe emitir en virtud del art. 778 bis.4 LEC.

B) ¿Y los padres?

Dado el *numerus clausus* de legitimados activos, parece claro que la solicitud formulada por sujetos distintos de los mencionados habrá de ser inadmitida de plano por el órgano judicial: de nada serviría desplegar los trámites subsiguientes, con comparecencias, informes y dictámenes periciales, cuando desde el

principio se avizora la imposibilidad de entrar en el fondo. Habrán de repelerse *ab initio*, por tanto, las solicitudes de otras figuras como tutores, curadores, guardadores de hecho y también, aunque parezca sorprendente, las planteadas por los padres del menor. Estos no pueden pedir *directamente* al tribunal el ingreso de sus hijos: si ese es su deseo, tendrán que pasar primero por el filtro de la Administración, dirigiéndose a la entidad pública para que asuma la guarda voluntaria y, a partir de ahí, adopte la medida de acogimiento que estime más adecuada para proteger al menor.

En este aspecto, el texto vigente acoge una opción que se aparta de la seguida en los trabajos prelegislativos, en los cuales se legitimaba a los padres que ostentaran la patria potestad y a los tutores para solicitar el ingreso del menor en centros privados con medidas de contención y restricción de derechos fundamentales: en otras palabras, se permitía el ingreso, a instancia de los padres y previa autorización judicial, de menores que no se encontraran bajo medidas de protección de la entidad pública (López Azcona, *Derecho Privado y Constitución*, «El acogimiento residencial», p. 153).

Esta legitimación paterna fue, como decimos, desterrada en el texto definitivo, lo cual ha suscitado críticas en la doctrina e incluso el afán de buscar, por vía interpretativa, soluciones al supuesto error u olvido del legislador. En tal sentido, se ha postulado que la legitimación de los padres, aunque nada diga el art. 778 bis LEC, podría encontrar un punto de apoyo en la genérica disposición del art. 154 *in fine* del CC, que les faculta para recabar el auxilio de la autoridad en el ejercicio de sus funciones: entenderlo de otro modo —prosigue esta tesis— supondría eliminar a los padres de cualquier decisión que afecte a su hijo, relegándolos a tolerar las decisiones que pudiera adoptar la entidad pública (García Pérez, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, «Algunas cuestiones», p. 4).

No comparto esta opinión. No creo que el art. 154 CC pueda prevalecer sobre una ley posterior y especial como la contenida en el art. 778 bis.1 LEC, otorgando una suerte de «superlegitimación» a los padres para todo cuanto incida, se refiera o afecte a sus hijos: más aún si se trata de expulsar al menor del núcleo familiar y someterlo a un régimen de privación de libertad, debido a crisis de convivencia en las que las respectivas responsabilidades pueden no estar del todo claras. En cuanto a la forzada tolerancia hacia las decisiones de la entidad pública, quedaría descartada habida cuenta de la legitimación —ahora sí— de los progenitores para impugnarlas por la vía del art. 780 LEC.

A la luz de lo dicho, parece que el enfoque finalmente adoptado deja a los padres al margen del procedimiento judicial, negándoles la condición de parte: se prescindiría así de su voluntad favorable o reacia al ingreso, quedando la

cuestión a la discrecionalidad de la entidad protectora. En una aproximación simplista, podría pensarse que tal exclusión tiene sentido: al fin y al cabo, estamos hablando de menores tutelados o guardados por la Administración debido a anomalías en la relación paternofilial, ya sea por incapacidad, ya por negligencia o negativa a cumplir los deberes que le son inherentes. Ello explicaría que ciertas cuestiones se saquen de la esfera decisional de los padres, por considerarlos inidóneos para determinar lo que más conviene al menor.

En un examen más atento, sin embargo, comprobamos que esa suerte de alienación procesal en la que parece arrojarse a los progenitores no es tal. Pese a su falta de legitimación activa para pedir la autorización judicial del ingreso, pueden promoverla indirectamente —como hemos visto— solicitando la guarda voluntaria a la entidad pública o instando la actuación del Ministerio Fiscal. Para los padres, ello tiene la ventaja de ahorrarles los gastos de abogado, procurador y otros profesionales en los que, inevitablemente, incurrirían si tuvieran que iniciar ellos el procedimiento.

Incluso en un hipotético sistema en el que, junto a la iniciativa pública, se recogiese la iniciativa privada de los progenitores para promover el internamiento, estos, previsiblemente, tenderían a acudir a la Administración o a la Fiscalía para dicho cometido: mejor el auxilio profesional —y multidisciplinar— que estos pueden proporcionar con cargo al erario público, que el que habrían de buscar y costear los padres si decidieran accionar por su cuenta. Y mejor también dejar ese rol en manos de un ente público, a modo de figura interpuesta, que pedir directamente al juez que saque al hijo de casa y lo interne en un centro. No conviene dejar a los padres tan expuestos, por su bien y por el del menor afectado por el ingreso. Para los padres, entablar y conducir el procedimiento como parte activa los convertiría en adversarios procesales de sus hijos. Y, desde la perspectiva del menor, ver a sus padres al frente de un procedimiento con un impacto tan profundo en su modo de vida sería experimentado, probablemente, como un ataque, por muy justificada que estuviera la solicitud. No parece adecuado que sean los padres quienes sufran ese desgaste, que solo redundaría en un aumento de la conflictividad intrafamiliar y una mayor dificultad para restablecer el vínculo con el menor.

Por otra parte, la falta de legitimación de los padres no equivale a su exclusión del proceso. Aunque ellos no puedan iniciarlo, se prevé su intervención en momentos posteriores siempre, claro está, que no se les haya privado judicialmente de la patria potestad: el juez ha de escuchar su opinión en el curso del procedimiento y pueden apelar el auto que resuelva sobre el ingreso, recurrir la decisión de trasladar al menor a otro centro e impugnar ciertas medidas limitativas de derechos que se adopten durante el internamiento, como la restric-

ción o suspensión de las comunicaciones (art. 35 LOPJM). Debe tenerse en cuenta, además, la obligación de la entidad pública de mantener informados a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de los menores acogidos (art. 22 LOPJM).

Por último, difícilmente cabe orillar a los padres desde el momento en que su colaboración constituye un pilar básico para el buen fin de la medida. No olvidemos que, en el sistema tuitivo de los menores, la meta última de toda medida protectora —también del acogimiento residencial por problemas conductuales— es la reunificación familiar siempre que ello sea posible y acorde con el interés del menor, lo que supone un trabajo educativo tanto con este como con los progenitores. De ahí que el 25.3 LOPJM (en sintonía con el art. 19.2 de la misma ley) exija para la viabilidad del ingreso el compromiso de la familia de someterse a intervención profesional, si bien esta exigencia queda acotada a los supuestos de guarda voluntaria.

Esta limitación no está exenta de lógica: puesto que en la guarda voluntaria no hay propiamente un incumplimiento de deberes, sino una imposibilidad de los padres que, aun queriendo, se ven incapaces de ejercer su rol, es previsible su predisposición a colaborar de forma constructiva, siguiendo las pautas que se les fijen para normalizar la conducta de su hijo y ejercer una parentalidad sana. Desde este prisma, semejante predisposición paterna puede ser más difícil de hallar en los supuestos de tutela *ex lege* fundada en la declaración de desamparo. De ahí que no se busque el compromiso de la familia en tales casos.

Sin embargo, coincido con quienes estiman que la intervención profesional con las familias debería establecerse sin distinción entre guarda voluntaria y tutela administrativa, y que en ambos casos deben extremarse los esfuerzos para involucrar a los padres en el proceso educativo y resocializador del menor acogido (Sánchez Hernández, *Personas vulnerables y derecho*, 2024, p. 419). Aunque los padres puedan ser parte del problema, es imperativo integrarlos en la solución. No debe olvidarse que el internamiento es una medida provisional: su objetivo es preparar al menor para la vida en libertad. Se trata de dar continuidad, una vez finalizado el ingreso, a los hábitos y pautas que se le han inculcado en el centro. Si no se cuenta con los padres, «desinstitucionalizar» a ese menor será una quimera: una vez cesado el internamiento, recaerá en las dinámicas antisociales que motivaron la adopción de la medida. Se dará entonces el consabido problema de las «puertas giratorias», que introduce al menor en una rueda de retornos frustrados e ingresos repetidos.

En suma, si no queremos caer en retrocesos que conviertan la privación de libertad en un período estéril, echando a perder los avances conseguidos duran-

te la fase de institucionalización, es forzoso hacer partícipes a las familias: solo su sometimiento a la intervención profesional puede hacer que los logros obtenidos durante el tiempo de ingreso sean estables y duraderos. De lo contrario, el ingreso en el centro de protección, el procedimiento encaminado a autorizarlo y los recursos empleados en su seguimiento tendrán poco o ningún sentido.

3. El juez

A) Semblanza de una criatura híbrida

La competencia para autorizar o ratificar el ingreso por problemas de conducta, así como para el control periódico del ingreso acordado, se encuentra residenciada en el orden civil, al igual que acontece con otros instrumentos procesales existentes en el ámbito de la protección de menores (arts. 778 ter a 778 sexies y 779 a 781 LEC) y con el internamiento por razón de trastorno psíquico (art. 763). Dada la separación entre competencias civiles y penales, entre el ámbito de la protección y el de la reforma, los Juzgados de Menores están excluidos: su competencia, como sabemos, está circunscrita a los jóvenes infractores, mayores de catorce y menores de dieciocho años, destinatarios de las medidas previstas en la LORPM. Cuestión distinta es que, una vez ingresado en el centro de protección, el menor perpetre en sus dependencias o en el exterior (por ejemplo, durante un permiso de salida) algún hecho tipificado en el Código Penal. Si la comisión del delito tiene lugar en el curso del proceso para autorizar el ingreso, y antes de que el juez civil se pronuncie sobre este, ello comportará su archivo por carencia sobrevenida de objeto (art. 22 LEC) y la inhibición en favor del juez de menores (AAP Barcelona [Sección 18ª] de 27-2-2018 [JUR\2018\90484]). Queda excluida la posibilidad de plantear conflicto de competencia, al ser el orden penal siempre preferente (art. 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ).

Dentro del orden civil, la competencia objetiva se atribuye (conforme al art. 778 bis.2, 3 y 6 LEC) a los Juzgados de Primera Instancia—especializados, en su caso, en materia de familia, en aquellos partidos judiciales donde existan—. En cuanto a la competencia territorial, se encomienda a los juzgados del lugar donde esté ubicado el centro. En el caso de que durante la ejecución de la medida el menor sea trasladado a un centro de protección situado en otro partido judicial, la competencia para el control periódico del ingreso «migrará» a los juzgados del lugar donde radique el nuevo centro (art. 778 bis.6, párrafo 4º). Esta ruptura de la *perpetuatio iurisdictionis* (art. 411 LEC) obedece a razones de puro pragmatismo, pues se entiende que la proximidad física entre juzgado y centro facilita la vigilancia del internamiento.

El juez que conoce del ingreso y sus vicisitudes constituye, sin duda, una figura híbrida difícil de clasificar desde esquemas ortodoxos. Realmente, en él se combinan ingredientes de distintas «especies» jurisdiccionales: es, desde luego, un juez civil por la índole del Derecho sustantivo que tiene que aplicar, y de ahí su pertenencia a este orden jurisdiccional. No obstante, también tiene similitudes con los jueces de menores: al igual que estos, tiene que decidir sobre la libertad de jóvenes que se encuentran en conflicto social, con la diferencia de que en nuestro caso ese conflicto no se ha traducido, en principio, en la comisión de hechos delictivos. Por otra parte, la labor de este juez —puesto que no cesa con el auto de ingreso ni se detiene en las puertas del centro— se asemeja a la desarrollada por los jueces de vigilancia penitenciaria: al igual que estos, controla la ejecución de medidas privativas de libertad y garantiza, durante la estancia en el centro, el respeto a los derechos fundamentales de los internos. Y, por último, hallamos vestigios propios de un juez de lo contencioso, pues el juez que conoce del ingreso debe controlar la legalidad de ciertos actos administrativos: concretamente, a él le corresponde resolver los recursos que se interpongan contra algunas decisiones adoptadas por los responsables de los centros —pertenecientes a la Administración o a entidades privadas que colaboran con ella— respecto de los menores sometidos a internamiento (arts. 27.3, 34.3 y 35.2 LOPJM).

B) Tribunales de Instancia y Secciones de Familia, Infancia y Capacidad: ¿un paso adelante o varios pasos atrás?

La determinación competencial que hallamos en el art. 778 bis LEC debe leerse, en el momento actual, a la luz de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LOMESPJ). Sabemos que, en el apartado de la eficiencia organizativa, esta reforma se ha propuesto acabar con los tradicionales juzgados unipersonales que, hasta ahora, conformaban el primer grado de nuestra estructura jurisdiccional: dichos juzgados desaparecen como tales y se condensan ahora en «Tribunales de Instancia», que se irán constituyendo de forma escalonada a lo largo de la segunda mitad del 2025 (disp. transitoria 1ª LOMESPJ).

En puridad, los Tribunales de Instancia son órganos falsamente colegiados: los preexistentes juzgados se transformarán y agruparán sin más en las correspondientes secciones de los Tribunales de Instancia; sus titulares, bajo esta nueva veste orgánica, seguirán conociendo de los mismos asuntos y ejerciendo su función del modo habitual, sin apenas cambios. La esencia de un tribunal *stricto sensu*—el conocimiento y decisión de asuntos de forma colegiada— no se da en los nuevos órganos que, en adelante, ocuparán la primera línea de nuestra Administración de Justicia. Sus miembros resolverán los asuntos atribuidos

a su competencia de manera monocrática, como lo hacían antes de la reforma (BANACLOCHE PALAO, *Diario La Ley*, «Los procesos de familia tras la Ley Orgánica 1/2025», pp. 2 y 3).

Lo realmente relevante, y la razón última del cambio terminológico, es la centralización administrativa, al sustituirse la anterior dispersión del personal no jurisdiccional adscrito a cada juzgado por una «macro oficina judicial», comprensiva de diversos servicios comunes, que prestará soporte a todas las secciones del correspondiente Tribunal de Instancia. El propio preámbulo de la LOMESPJ así lo evidencia: tras proclamar la necesidad de arrumbar el «modelo tradicional de juzgado unipersonal», advierte de forma aparentemente contradictoria que «el modelo de los Tribunales de Instancia es un sistema de organización colegiada que no altera el ejercicio de la función jurisdiccional ni las competencias de los órganos de enjuiciamiento unipersonales» (apartado 1º). La contradicción alcanza su paroxismo cuando descubrimos la existencia de Tribunales de Instancia con sección única integrada por una sola plaza judicial (arts. 86.4, 89.4 y 89 bis.4 LOPJ): todo un triunfo, sin duda, en el empeño legislativo de erradicar los órganos unipersonales.

En lo que atañe al tema del presente trabajo, por tanto, podría parecer que el impacto del nuevo paradigma organizativo se limitará al simple trasiego de denominaciones, conforme a lo previsto en la disp. adicional 1ª de la LOMESPJ: a partir de ahora, la referencia a los «Juzgados de Primera Instancia» contenida en el art. 778 bis LEC se entenderá realizada ya sea a la Sección Única—de Civil y de Instrucción—, ya a la Sección Civil del Tribunal de Instancia que se constituya en el correspondiente partido judicial (art. 84 LOPJ).

Sin embargo, una mirada más atenta revela que el cambio podría ir más allá del aspecto nominal y administrativo. El nuevo art. 84.2.a) de la LOPJ prevé que, en el seno de los Tribunales de Instancia, pueden crearse (entre otras) secciones especializadas en «Familia, Infancia y Capacidad». Esta posibilidad proyecta su reflejo en la segunda instancia, donde se dispone que el Consejo General del Poder Judicial puede especializar también a determinadas secciones de las Audiencias Provinciales, para que conozcan de los recursos contra las resoluciones dictadas en dichas materias (art. 82 bis.2 LOPJ).

El art. 86 LOPJ se encarga de regular la creación, ámbito territorial y competencia objetiva de las secciones de los Tribunales de Instancia especializadas en familia, infancia y capacidad. Nos dice el precepto que estas secciones se crearán cuando resulte justificado en atención a la carga de trabajo y que su demarcación será el partido judicial. No obstante, el Gobierno puede ampliar su alcance territorial, extendiendo su jurisdicción a dos o más partidos dentro de

una misma provincia. Además, no solo cabe especializar secciones en estas materias, sino que —alternativamente y de forma más sencilla— se puede especializar a jueces concretos dentro de secciones generalistas para que conozcan de ellas, ya sea de forma exclusiva o junto con otros asuntos (art. 86.3 LOPJ).

La competencia objetiva de las nuevas Secciones de Familia, Infancia y Capacidad incardinadas en los Tribunales de Instancia comprenderá, con carácter exclusivo y excluyente, las materias enumeradas en el art. 86.5 LOPJ, entre las que se incluyen las acciones derivadas de crisis matrimoniales, guarda y custodia de hijos menores, alimentos, filiación, medidas de apoyo a personas con discapacidad, internamientos por razón de trastorno psíquico y las relativas a la protección del menor. Dentro de estas últimas, se hace alusión específica a las pretensiones objeto del proceso regulado en el art. 778 bis LEC. Por ello, tanto la autorización y ratificación del ingreso de menores con problemas conductuales, como las diversas cuestiones que afloran en su perímetro material (control periódico del ingreso, cese de la medida, impugnación del traslado a otro centro, recursos contra medidas de seguridad, etc.) serán competencia de estas secciones especializadas, en los partidos judiciales donde se decida crearlas.

Las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad de los Tribunales de Instancia, y sus secciones paralelas en las Audiencias Provinciales, suscitan valoraciones ambiguas: por una parte, parecen un paso atrás en la apuesta por la especialización que enarbola el autor de la reforma (preámbulo de la LOMESPJ, apartado III); por otra parte, parecen impulsar de forma vigorosa la dotación de plazas judiciales ocupadas por verdaderos especialistas en las indicadas materias, además de aportar posibles ventajas de índole práctica. Probablemente, el balance final se escorará hacia un flanco u otro en función del desarrollo que se dé a las previsiones normativas.

En cuanto al posible paso atrás, en estas secciones especializadas se refunden los «Juzgados de Familia» y los «Juzgados de Incapacidades» que vienen funcionando desde hace años en los partidos judiciales de mayor envergadura. Es evidente que materias tan variopintas como el Derecho matrimonial, la protección de menores tutelados o guardados por la Administración y la provisión de apoyos a personas con discapacidad tienen, cada una de ellas, suficiente entidad propia como para cuestionar el acierto de aglutinarlas bajo una misma especialidad. Si, hasta ahora, en algunos partidos judiciales había órganos diferenciados para conocer de unas y otras cuestiones y en cambio, tras la reforma, un mismo o unos mismos jueces conocerán de todas ellas indistintamente, la meta de profundizar en la especialización sufre un retroceso palmario.

Ciertamente, si se crean Secciones de Familia, Infancia y Capacidad en partidos donde no había juzgados especializados, y se las dota de las plazas necesarias, el avance será significativo. Pero, si tal cosa no sucede, y la virtualidad de la reforma se limita a la fusión de los Juzgados de Familia y de Incapacidades preexistentes para dar cuerpo a estas nuevas secciones (disp. transitoria 7ª de la LOMESPJ), no vemos qué se gana en términos de especialización: unificar competencias allí donde se encontraban desdobladas no parece, precisamente, un paso adelante. La especialización quedará aún más devaluada en aquellos partidos judiciales donde solo había Juzgados de Familia. Tras la reforma, estos juzgados, al transmutarse en Secciones de Familia, Infancia y Capacidad, pasarán a conocer también y en exclusiva de todos los procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a las personas con discapacidad: no solo se diluye la especialización del órgano, sino que se le lleva al límite del desbordamiento, en contra del dogma de la eficiencia orgánica que dice profesar el legislador.

El retroceso será aún mayor si el Gobierno abusa de la facultad de extender la competencia de estas secciones a partidos no incluidos originariamente en su ámbito territorial: en tal caso, no solo se resentirá la especialización, sino también la proximidad de la justicia al ciudadano, que resulta vital en este tipo de procesos. Para evitar que estos males se materialicen, solo hay dos antídotos: que el Gobierno, dejando a un lado el mantra de la racionalidad organizativa, se abstenga de «provincializar» estas Secciones de Familia, Infancia y Capacidad; y que, dentro de estas secciones, cada uno de los jueces que sirven en ellas se «subespecialice» en un bloque de materias (es decir, familia e infancia por un lado y capacidad por otro), aprovechando la posibilidad prevista en el art. 96.1 LOPJ.

No obstante, y como he señalado *supra*, estas nuevas Secciones de Familia, Infancia y Capacidad también pueden traer aspectos positivos con potencial para mejorar, de forma sustancial, la situación preexistente. Dentro de estos aspectos, el nuevo art. 329.8 LOPJ prevé como requisito para obtener destino en las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad de los Tribunales de Instancia la necesidad de cursar una formación especializada en la Escuela Judicial. Esto, sin duda, constituye un avance frente a la especialización *de facto* de los actuales jueces de familia y jueces de incapacidades: los concursos para cubrir tales plazas se resolvían conforme al criterio genérico del orden de escalafón, sin que se exigieran pruebas de especialización ni actividades formativas sobre dichas materias.

Frente a este estado de cosas, la reforma operada por la LOMESPJ trasluce un cambio de conciencia: para dirimir adecuadamente este tipo de asuntos no bas-

ta el trato cotidiano; un órgano especializado no «se hace» simplemente poniendo a un juez generalista a resolver una y otra vez las mismas cuestiones, sino procurando una formación *ad hoc*. Y parece que hay voluntad política de convertir estas ideas en hechos: la disp. adicional 6ª de la LOMESPJ dirige un mandato al Consejo General del Poder Judicial para que, en el plazo de cuatro meses a partir de la entrada en vigor de la ley, y después de forma periódica, convoque un curso de formación especializada en familia, infancia y capacidad.

Por último, estas secciones especializadas en la tríada familia-menores-discapacidad también pueden comportar ventajas de índole práctica en supuestos fronterizos. Me refiero a los casos más vidriosos de niños y adolescentes con problemas conductuales, cuando la etiología de esos problemas no resulte clara a la luz del diagnóstico inicial, aportado con la solicitud de ingreso. Ya tuvimos ocasión de advertir las dificultades que, a este respecto, pueden producirse: a veces, la línea entre la conducta aprendida y la conducta patológica, entre la conducta motivada por una disfunción del proceso educativo y la que tiene un origen más profundo, vinculado con posibles anomalías psíquicas, resulta tan sutil que puede ser muy complicado trazarla *ab initio*. Sin embargo, es una línea que el legislador considera determinante a efectos de distinguir el ámbito subjetivo del internamiento por razón de trastorno psíquico y el ingreso de menores con problemas de conducta. En los casos límite, la disección de ambas esferas puede generar serias contrariedades procesales, si no se conciben remedios para evitarlo.

En efecto, es posible que en el curso del proceso para autorizar el ingreso, el juez, después de oír al menor y examinar el dictamen del facultativo previsto en el art. 778 bis.4 LEC, llegue a la conclusión de que el menor presenta una enfermedad o trastorno mental, supuestos que el art. 26.2 LOPJM excluye radicalmente de los centros de protección de jóvenes con problemas conductuales. Lo más adecuado en tales casos será el internamiento en un centro de salud mental o en un recurso de apoyo residencial a personas con discapacidad, para lo cual, sin embargo, no sirve el proceso objeto del presente trabajo: será preciso volver al principio y acudir al proceso para el internamiento por razón de trastorno psíquico del art. 763 LEC, cuyos trámites son sustancialmente idénticos a los del art. 778 bis LEC. Habrá que reiterar diligencias ya practicadas con un contenido similar, con la consiguiente pérdida de economía procesal y las inevitables dilaciones, introduciendo al menor, a sus familiares y a los profesionales en un bucle de actuaciones estériles.

Todo esto puede evitarse, a mi juicio, si de ambos procedimientos conoce una misma sección con una especialización bifronte que abarque tanto la protección de menores como el apoyo a la discapacidad. Un juez con formación en

ambos campos será capaz de discernir, con un criterio más afinado, la problemática conductual que presenta el menor, separando los casos de deficiente socialización de los casos de patologías mentales. Y, si detecta lo segundo, ese juez se hallará en condiciones de acordar el internamiento del menor por razón de trastorno psíquico cuando lo estime adecuado, necesario y proporcionado, aunque lo haga en el marco de un proceso que se ha incoado y sustanciado conforme al art. 778 bis LEC. De este modo, se soslayará la necesidad de entablar un segundo proceso con distinto *nomen iuris*, pero con una tramitación que lo convierte en un gemelo procedimental del primero.

En otras palabras, el error en el tipo de procedimiento seguido, puesto de manifiesto tras el análisis detenido de las características del menor, no ha de ser óbice para hacerlo virar del ingreso por problemas de conducta al internamiento por trastorno psíquico, sin necesidad de embarcar al menor en un nuevo periplo procesal. Un ejemplo práctico de lo dicho puede hallarse en el AAP Barcelona (Sección 18ª) de 19-4-2021, que reorientó una solicitud de la DGAIA (la entidad catalana de protección de menores) fundada en el art. 763 LEC hacia el ingreso en un centro educativo especializado en problemas conductuales. Consideró la Audiencia que «estamos en materia tuitiva o de protección, tanto de personas discapacitadas, como de menores de edad, de manera que no se afecta la congruencia, ni el principio de rogación, si a los hechos que se narran en la demanda se les da la calificación jurídica adecuada y el cauce procesal que corresponde».

Soy consciente de que la solución es muy discutible, pero a mi juicio es acorde con el principio de conservación de los actos procesales (art. 230 LEC) y con el art. 225.2º LEC, que solo considera causa de nulidad la infracción de las normas esenciales del procedimiento productora de indefensión: en la hipótesis que planteo esas normas esenciales no se incumplen, porque son prácticamente las mismas tanto en el art. 763 como en el 778 bis LEC, ni la omisión de un segundo procedimiento produce indefensión, porque este solo serviría para reproducir lo ya hecho. Es más: de este modo se consigue evitarle al menor los perjuicios derivados de una sobreexposición al entorno judicial, como sucedería si se le sometiera a dos procedimientos consecutivos, a la repetición de declaraciones y al paso por múltiples exploraciones periciales.

C) Problemas de competencia objetiva

En la órbita competencial del juez que conoce del ingreso —adscrito a la Sección Civil o a la Sección de Familia, Infancia y Capacidad del Tribunal de Instancia, como hemos visto en el epígrafe anterior—, se incluyen los recursos contra las medidas de seguridad que se adopten y apliquen al menor durante su es-

tancia en el centro (art. 27.3 LOPJM). Así, el legislador excluye de esta materia a otras secciones de nuevo cuño que, en un principio, parecían candidatas naturales para conocer de ella: las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia (art. 89 bis LOPJ).

Tengamos en cuenta que, por ejemplo, cuando el art. 21 ter.1 LOPJM prohíbe la contención mecánica mediante sujeción a una cama articulada u objeto anclado a las instalaciones, o cuando el art. 29 de la misma ley prohíbe usar el aislamiento como medida disciplinaria o prolongarlo más de tres horas consecutivas, está fijando los límites admisibles del uso de la coerción sobre el menor privado de libertad: lo que exceda de dichos límites entra o, por lo menos, se aproxima al ámbito de la violencia institucional. Por ello, la atribución de estos recursos a secciones concebidas para afrontar —como su propio nombre indica— actos de violencia contra víctimas menores de edad hubiera sido enteramente lógica.

Cuestión distinta es que, por razones prácticas, no se haya querido incrementar el «desfile» de figuras judiciales que pasan por la vida del menor a lo largo de su etapa de institucionalización: se ha preferido que un solo juez conozca de todos los avatares que afecten al joven, ejerciendo de referente para todo lo que le acontezca durante su internamiento, a modo de «juez de cabecera». No obstante, también parece claro que, si el exceso en las medidas de seguridad adoptadas por los responsables del centro llegase a traspasar las barreras del delito, el juez que conoce del ingreso tendría que deducir testimonio e inhibirse en favor de la Sección de Violencia contra la Infancia.

D) Problemas de competencia territorial

Como dijimos al principio, el legislador, al diseñar el proceso objeto de este estudio, optó por asignar la competencia territorial para autorizar o ratificar el ingreso al juez del lugar donde radicase el centro de protección; fuero aplicable, asimismo, para el seguimiento ulterior del ingreso, la decisión sobre su cese y los recursos contra medidas restrictivas de derechos que adopten los responsables del centro. Dicho criterio se aparta del modelo inspirador de este proceso, el del internamiento por razón de trastorno psíquico, en el que la competencia territorial corresponde al tribunal del lugar donde resida el afectado por la medida (art. 763.1 LEC).

La elección de este fuero obedece al propósito de facilitar, en la mayor medida posible, la supervisión judicial del ingreso una vez acordado y durante todo el tiempo que se prolongue: para que el juez despliegue un control continuado y efectivo sobre la situación del menor, conozca su trayectoria y se implique a

fondo en su seguimiento, parece imprescindible su proximidad al centro en el que se ejecuta la medida. De este modo, además, se favorece el acceso del menor a la justicia, al no alejar al órgano judicial que va a resolver sus peticiones y recursos (GONZÁLEZ PILLADO, *Práctica de Tribunales*, «Ingreso de menores», 2020, p. 10).

Por otra parte, parece deseable que el mismo juez —o la misma sección de Tribunal de Instancia— se encargue de controlar a la población infantojuvenil interna en un determinado centro, a fin de asegurar un trato homogéneo a todos sus miembros —sin ignorar los rasgos específicos de cada menor, que demanden una atención personalizada—. En este sentido, una hipotética atribución competencial al juez del domicilio podría provocar grandes dosis de confusión ante la posible convivencia, en el mismo centro, de menores domiciliados en distintos partidos judiciales: las disparidades interpretativas en cuestiones como la mayor o menor admisibilidad de registros con desnudo integral, la amplitud de los supuestos merecedores de aislamiento provisional o de las posibilidades de restringir visitas podrían generar desigualdades injustificadas entre los internos, así como desorientación e inseguridad en el personal del centro. En el caso de que varios de estos menores participasen en el mismo acto violento y tuvieran que ser contenidos o aislados para atajar la crisis de agresividad, el conocimiento de los eventuales recursos por jueces distintos podría dar lugar a resoluciones divergentes, pese a la conexidad de las conductas. Estos riesgos, como es lógico, se desvanecen si la competencia territorial para controlar todos los ingresos se reconduce al tribunal del lugar donde se ubica el centro.

Sin embargo, junto a las ventajas que acaban de mencionarse, el señalamiento de este fuero de competencia territorial plantea algunos inconvenientes que enturbian el acierto del legislador. A este respecto, debe hacerse hincapié en la endémica escasez de centros específicos para problemas conductuales, su dispersión territorial y la limitación de plazas, necesaria para mantener una ratio adecuada entre el número de menores y el personal destinado a su atención (art. 25.4 LOPJM). Ello puede comportar el desplazamiento del menor a lugares alejados del domicilio familiar, sobre todo en Comunidades Autónomas geográficamente extensas. Yendo un paso más allá, no es infrecuente que el menor tenga que ser derivado a centros situados en otra Comunidad, contingencia que de hecho se prevé en diversas normativas autonómicas. Ya el Defensor del Pueblo constató esta problemática y alertó de los perjuicios que ocasiona, sin que, a pesar del tiempo transcurrido, haya terminado de solventarse. En particular, señaló la «sensación de desarraigo» que ese alejamiento provoca en el menor, lo que a su vez «dificulta la recepción de visitas y entorpece el trabajo con las familias» (DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre centros de protección*, 2009, p. 246).

Ante situaciones como las descritas, que no son precisamente atípicas, conferir la competencia para autorizar el ingreso al tribunal del lugar donde se halla el centro puede plantear serias dificultades. El procedimiento del art. 778 bis LEC exige una serie de diligencias para las que la presencialidad y la interlocución directa resultan imprescindibles. Si hay un terreno en el que la inmediación judicial debe mantenerse sin fisuras, este es, sin duda, el proceso especial para el ingreso por problemas de conducta: el juez, para formar su convicción sobre la pertinencia del ingreso, debe oír al menor y examinarlo por sí mismo (art. 778 bis.4 LEC); también debe oír a los padres y a otras personas cuya comparecencia estime conveniente, como miembros de la familia extensa, psicólogos y terapeutas que han tratado al menor o profesores y orientadores que han trabajado con él en los centros donde ha estado escolarizado.

Obviamente, este acervo de pruebas personales, especialmente la exploración del menor, se complica cuando el domicilio del declarante dista varios cientos de kilómetros de la sede del tribunal, lo cual nos sitúa ante una disyuntiva perversa: o bien optamos por una inmediación «enlatada», mediante el sucedáneo de la presencia física que brinda la videoconferencia; o afrontamos el trance de desplazar a un menor con graves problemas conductuales, que en ocasiones incluyen el impulso de fuga, a la sede del tribunal territorialmente competente, comprometiendo la efectividad práctica del procedimiento. Para salir de la encrucijada solo hay una tercera vía que, en realidad, es un abuso procesal: el recurso al ingreso urgente como forma de asegurar la inmediata disponibilidad del menor para su audiencia y exploración (González Monje, *Diario La Ley*, «Aproximación a algunos aspectos controvertidos», p. 7). Huelga señalar que este ardid de internar primero y preguntar después constituye un uso desviado que, por las razones expuestas, puede incrementarse a causa del fuero competencial del art. 778 bis LEC.

Por todo lo dicho, y *de lege ferenda*, sería recomendable incorporar soluciones como la propuesta por López Azcona (*Derecho Privado y Constitución*, «El acogimiento residencial», pp. 175 y 176), que aboga por establecer un binomio competencial: la autorización para el ingreso correspondería al tribunal del lugar donde reside el menor, a efectos de facilitar la práctica personal y directa de las diligencias antes referidas; una vez autorizado el ingreso, su control ulterior y las decisiones sobre su mantenimiento y cese pasarían al tribunal del lugar donde radica el centro, si este se halla en otro partido judicial, en aras de procurar una mayor cercanía del juez a la realidad que debe supervisar.

La idea motriz de este sistema de «fueros consecutivos» sería favorecer del mejor modo posible la intervención judicial requerida en cada caso, bajo la égida del interés superior del menor. Cierto que ello contraviene la competen-

cia funcional por conexión del art. 61 LEC, en cuya virtud el tribunal competente para conocer de un proceso lo es también para resolver sus incidencias y llevar a efecto las resoluciones que dictare, así como la *perpetuatio iurisdictionis* del art. 411, que blinda la competencia del tribunal frente a cualquier cambio en los parámetros que sirvieron para fijarla. Pero hay que tener en cuenta que la regla del art. 61 no es absoluta, sino que opera «salvo disposición legal en contrario»; y que la *perpetuatio iurisdictionis* tampoco es una regla que el legislador esté dispuesto a mantener con coherencia inquebrantable. Al contrario, no vacila en dejarla a un lado cuando la necesidad o la conveniencia lo justifican, especialmente si se halla en juego el interés de sujetos vulnerables. Así sucede con el propio ingreso por problemas de conducta cuando, durante su desarrollo, el menor es trasladado a otro centro sito en distinto partido judicial, trasladándose también —de modo reflejo— la competencia para controlar la medida (art. 778 ter.6, párrafo 4º). Ese cambio de centro es decidido y ejecutado por la entidad pública sin precisar de aprobación judicial, de modo que la *perpetuatio iurisdictionis* se deja a la voluntad de un órgano administrativo. Otro tanto sucede con el proceso para la provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad, en el que el cambio de residencia del afectado pendiente el proceso y antes de celebrarse la vista comporta la remisión de las actuaciones al tribunal correspondiente (art. 756.3 LEC).

No acaban aquí, sin embargo, los problemas e incertidumbres, dado que la regla de competencia territorial consagrada el art. 778 bis LEC se halla en rumbo de colisión con el fuero privilegiado de la Administración pública. Recordemos, a este respecto, que el art. 15 de la Ley 52/1997, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas (en adelante, LAJEIP), arrastra a los tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia todo proceso civil en que sea parte un ente del «cosmos» orgánico del Estado. Reparemos en que, conforme al mismo precepto, dicho fuero «se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento». Advirtamos que, conforme a la disp. adicional 4ª de aquella ley, este privilegio procesal es igualmente aplicable a las Comunidades Autónomas y entidades públicas dependientes de ellas. Y recordemos por último, a riesgo de agotar la paciencia del lector, que normalmente el proceso para autorizar o ratificar el ingreso por problemas de conducta se incoa a instancia de la entidad pública que, dentro de la Administración autonómica, asume la protección de menores, teniéndolos bajo su tutela o guarda.

Siendo así, parece que el fuero del art. 778 bis LEC se vería eclipsado por el privilegio de la Administración y que la competencia para conocer del ingreso sería atraída hacia los tribunales de la capital. Ello vaciaría de contenido la competencia del tribunal más próximo al centro si, como a menudo sucede,

este se encuentra alejado de la capital provincial. La cuestión, sin embargo, no está tan clara: a mi juicio, hay argumentos consistentes para propugnar la primacía del fuero específicamente previsto para el ingreso por problemas de conducta.

El hecho de que el art. 778 bis LEC, introducido en 2015, sea una ley posterior al art. 15 LAJEIP (de 1997) no es un dato que, por sí solo, permita resolver la antinomia: por esa misma regla de tres, el fuero de la Administración no se aplicaría nunca en ningún proceso civil, pues todas las reglas de competencia territorial que recoge el articulado de la LEC (del año 2000) tendrían la cualidad de *lex posterior*. Si el criterio cronológico debe ser descartado, el criterio de especialidad no corre mejor suerte: en puridad, los dos fueros en liza constituyen *lex specialis*. Lo que sucede es que la especialidad de cada uno descansa sobre elementos distintos: la del art. 778 bis LEC se fija en el objeto (ingreso de menores con problemas conductuales), en tanto que la del art. 15 LAJEIP se fija en el sujeto (proceso civil en el que es parte una institución o entidad pública). Habría que dilucidar cuál de estas reglas atributivas de competencia es «más» especial que la otra, lo que puede suponer un enredo interpretativo de proporciones mayúsculas. En suma, el criterio *lex specialis derogat generali* tampoco nos sirve.

En realidad, son otros los argumentos que hacen prevalecer el fuero del lugar del centro sobre el fuero de la capital. El primero de ellos atiende al carácter de ley orgánica de la reforma que, en 2015, introdujo el art. 778 bis en la LEC, frente a la condición de ley ordinaria que ostenta la LAJEIP. Ese carácter orgánico se justifica por el hecho de que la regulación del ingreso por problemas conductuales constituye el desarrollo de los derechos fundamentales del menor e incide en el contenido básico de su libertad personal (art. 81 CE). En otras palabras, el proceso para el internamiento, con sus principios, garantías y reglas (incluidas las de jurisdicción y competencia), integra un todo interconectado que se sustrae a la acción normativa del legislador ordinario: de ahí que en la zona delineada por el art. 778 bis LEC no tenga cabida ningún fuero, previsto en leyes ordinarias, que diverja del allí establecido. No decimos que la ley orgánica sea superior a la ordinaria (ya sabemos que la relación entre ambas no se rige por el principio de jerarquía), sino que esta no puede interferir en el plano de aquella.

Aparte de lo anterior, concurren diversos elementos que nos permiten inferir cuál ha sido la plausible voluntad del legislador. A este respecto, hay que distinguir los procesos civiles en los que la aparición de un organismo público constituye un fenómeno contingente (por ejemplo, una acción de desahucio o una reivindicatoria) de aquellos otros en que, de entrada, se sabe que la Admi-

nistración ocupará la posición de parte. En los primeros, lo normal es que la ley procesal no contenga ninguna mención, remisión o matización referente a la eventual presencia de la Administración y al fuero aplicable en tal hipótesis: la norma establece su propio fuero de competencia territorial, pensado para el supuesto común en que los litigantes son sujetos particulares (por ejemplo, el domicilio del demandado o el lugar donde se encuentra la cosa litigiosa). Si sucede lo inusual—que en tales pleitos participe una Administración pública—, va de suyo que decaerán los fueros ordinarios, se aplicará el art. 15 LAJEIP y se fijará la competencia en los tribunales de la capital.

En cambio, en los procesos civiles en los que *necesariamente* va a ser parte un organismo o entidad pública, el legislador procede de otro modo: no deja nada al albur hermenéutico, sino que o bien se remite a las especialidades previstas para la Administración (art. 52.1.15º LEC, sobre tercerías interpuestas en relación con un procedimiento administrativo de apremio) o bien establece fueros de competencia territorial alineados con el del art. 15 LAJEIP. Fijémonos, si no, en la regla generalmente establecida para los procesos sobre protección de menores: esta señala como competentes a los tribunales del domicilio de la entidad pública (art. 779.II LEC), con sede en las capitales provinciales. Lo mismo se establece para la autorización de entrada en domicilios a fin de ejecutar medidas de protección (art. 778 ter.1 LEC) y para los expedientes y procesos en materia de adopción (arts. 33 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, y 781.1 LEC). Análogamente, en el proceso para la restitución o retorno de menores en caso de sustracción internacional, la competencia se asigna a los tribunales de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, en cuya circunscripción se halle el menor trasladado o retenido (art. 778 quáter.2 LEC). Ante este panorama, la pregunta es insoslayable: si el legislador hubiese querido que del ingreso de menores conocieran los tribunales ubicados en la capital de la provincia, donde tiene su sede la entidad pública, parte necesaria en este proceso, ¿acaso no lo habría dicho expresamente, como en los restantes supuestos que hemos enumerado? Al no haberlo hecho así, parece lógico pensar que la *voluntas legislatoris* ha sido la que literalmente consagra el art. 778 bis, y no otra: el fuero del lugar donde radica el centro es, por tanto, el que debe prevalecer.

Aplicar el fuero territorial de la Administración socavaría la finalidad perseguida por el legislador al diseñar el proceso del art. 778 bis LEC. Como dijimos, esa finalidad consiste en acercar la justicia al menor procurándole, mientras dure su internamiento, una tutela efectiva y accesible: no olvidemos que es su interés, y no el de la Administración ni el de sus servicios jurídicos, el que se considera «primordial» en nuestro Derecho (art. 2.1 LOPJM). «Llevarse» el control de los internamientos a las capitales, alejándolo del lugar donde el menor cumple la medida impuesta, supondría un lastre a la hora de vigilar su estado y evolu-

ción, así como las condiciones de su vida en el centro. La privación de libertad reclama canales directos para recabar el amparo judicial ante posibles irregularidades, exigencia que dudosamente se cumpliría con el fuero protector de la Administración pública. El menor tendría más trabas a la hora de elevar quejas o plantear recursos ante el juez, y este tendría que servirse de vías inadecuadas (como la videoconferencia o el auxilio judicial) para entrevistar al menor o efectuar cualquier comprobación sobre el terreno. Este escenario acabaría convirtiendo el control trimestral del ingreso en un ritual vacío, limitado al refrendo automático de los informes de la entidad pública y el director del centro (art. 778 bis.6 LEC).

Comparadas con lo que antecede, las razones que tradicionalmente han justificado el fuero privilegiado de la Administración carecen de suficiente peso y parecen, en el mejor de los casos, un pálido anacronismo. Si este fuero se creó para favorecer la operatividad y eficacia de los servicios jurídicos de la Administración (Gutiérrez Delgado, *Revista de Administración Pública*, «El fuero territorial del Estado», pp. 349 a 352; Espinal Manzanares, *Asamblea*, «Las especialidades procesales de la Administración», p. 167), evitándoles la necesidad de desplazarse fuera de las capitales donde tienen su sede, parece que el art. 15 LAJEIP se ha visto superado por la tecnología: ya sabemos que, en la actualidad, la práctica totalidad de los actos procesales escritos se comunican y tramitan por medios electrónicos, sin que importe la distancia entre emisor y receptor (art. 273 LEC). En cuanto a los actos orales en los que deba participar el letrado de la Administración, la ley muestra una clara preferencia por que su intervención se efectúe mediante «presencia telemática» (arts. 129 bis.2.c LEC y art. 69.1.d del Real Decreto 1057/2024, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Abogacía General del Estado).

Por otra parte, si bien es cierto que el fuero de la capital favorecería una mayor unidad de criterio en la materia objeto de enjuiciamiento, debe reconocerse que el fuero del art. 778 bis también propicia —aunque en menor medida— esa unidad: dada la escasez de centros especializados en problemas de conducta, ello reduce considerablemente el número de partidos y de tribunales competentes para conocer del ingreso, facilitando una cierta homogeneidad interpretativa. Si, aun así, no se consiguiera atajar la dispersión de criterios, no hay que olvidar la posibilidad de apelación (art. 778 bis.5 LEC), que permitiría a la Audiencia ejercer esa función homogeneizadora.

En realidad, la única —y no desdeñable— bondad que podría avalar el fuero territorial de la Administración sería otra: la seguridad de que, aplicándose el art. 15 LAJEIP, el ingreso del menor se sometería en todo caso a un órgano especializado. La Fiscalía General del Estado ya constató en su día la creación,

por parte de las Comunidades Autónomas, de centros para menores con conductas inadaptadas que compartían una serie de rasgos específicos, como restricciones a la movilidad de los residentes, vallas, rejas, presencia de vigilantes y «ubicación alejada de los núcleos urbanos» (Circular de la FGE 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, p. 19). Y, en verdad, esta última característica concurre en diversos centros que, a lo largo del territorio nacional, se ocupan de atender a este perfil de menores.

En este peculiar mapa, vemos partidos enclavados en áreas rurales y con una planta judicial modesta, donde ni los más irredentos soñadores esperarían la creación de secciones especializadas. A modo de ejemplo, el centro «Anassim» se encuentra en Llanera de Ranes, municipio comprendido en el partido judicial de Xátiva, que actualmente cuenta con tres juzgados mixtos. En Asturias tenemos el centro «Miraflores», sito en la localidad de Noreña, que pertenece al partido judicial de Siero; en él existen otros tres juzgados mixtos. Y también cabe referirse al CREI (centro residencial de educación intensiva, como se les llama en Cataluña) «El Barbecho», ubicado en Valls, que es cabeza de partido judicial y tiene dos juzgados mixtos. Tras el despliegue del modelo organizativo previsto en la Ley Orgánica 1/2025, lo más probable es que todos ellos se transformen en Tribunales de Instancia con Sección Única (de Civil e Instrucción) y que, por tanto, un órgano generalista acabe conociendo del ingreso de menores igual que lleva una ejecución hipotecaria, una acción de deslinde o la instrucción de un delito contra la seguridad del tráfico. Ojalá este pronóstico resulte errado, pero es dudoso que en los planes gubernamentales se considere siquiera la posibilidad de llevar Secciones de Familia, Infancia y Capacidad a estos confines del sistema judicial. En el caso de los centros situados en estos partidos, por tanto, la necesaria proximidad del juez al menor puesto bajo su amparo se conseguirá a costa de sacrificar la deseable especialización.

Bibliografía

BANACLOCHE PALAO, J., «Los procesos de familia tras la Ley Orgánica 1/2025: ¿qué sucede con el juez competente, el MASC previo y la vista en el juicio verbal?, *Diario La Ley*, núm. 10696, 2025.

BERROCAL LANZAROT, A. I., «El acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio», en *El nuevo régimen jurídico del menor* (dir.: Mayor del Hoyo), Aranzadi, 2017, pp. 267 a 292.

COLÁS TURÉGANO, M. A., «Centros de internamiento para menores con problemas de conducta: ¿medida de seguridad predelictual o medida de protección para la infancia en dificultad social?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 29, 2023, pp. 67 a 135.

Cortada Cortijo, N., «La guarda voluntaria como herramienta de protección preferente en situaciones de desamparo con pronóstico de reintegración», *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 5, 2024, pp. 125 a 165.

Díez García, H., «La protección de menores en conflicto social, con conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales (análisis de la atención a la peligrosidad social en las leyes autonómicas de protección de menores desde el prisma constitucional)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 197 a 289).

Escalada López, M. L., «El proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, núm. 1, pp. 174 y ss.

Espinal Manzanares, J., «Las especialidades procesales de la Administración», *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2005, pp. 151 a 169.

García Cantero, G., «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2004, pp. 239 a 284 (accesible en https://derechoaragones.aragon.es/bvda/es/consulta/registro.do?id=608083).

García Pérez, C. L., «Algunas cuestiones que plantea el Capítulo IV de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor sobre acogimiento residencial de menores con problemas de conducta», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018.

González Monje, A., «Aproximación a algunos aspectos controvertidos del internamiento de menores por trastornos de conducta», *Diario La Ley*, núm. 9540, 2019.

González Pillado, E., «Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la Ley 54/2007», *Indret*, 2008, núm. 2.

Gutiérrez Delgado, J. M., «El fuero territorial del Estado y otras entidades públicas: historia, razón de ser y plena vigencia en nuestro ordenamiento», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, pp. 341 a 358.

Jiménez Díaz, M. J., «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-19, 2015.

Justicia Albiol, J., «El acogimiento residencial en el sistema de protección infantil: un análisis crítico desde la Constitución y los derechos del niño», *Diario La Ley*, núm. 10637, 2025.

López Azcona, A., «El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta: un instrumento de protección de menores con incidencia en los derechos fundamentales», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32, 2018, pp. 133 a 186.

Martín-Retortillo Baquer, L., «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 377 a 406.

Olaguibel Echeverria-Torres, A., «Los centros de protección de menores como entornos seguros y protectores desde la óptica de la nueva Ley Orgánica 8/2021», *IgualdadES*, núm. 6, 2022, pp. 247 a 269.

Prados García, C., *El ingreso involuntario en el contexto de los derechos de las personas con discapacidad*, Dykinson, 2023.

Pillado González, E., «Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección especial», *Práctica de Tribunales*, núm. 147, 2020.

Garcimartín Montero, R., «El menor en el proceso civil», *Anuario de Justicia de Menores*, núm. 16, 2016, pp. 119 a 148.

RUBIO VICENTE, C., «Expedientes de protección para verificar situaciones de riesgo», *Seminario de especialización en menores. Protección y reforma*, 2013 (accesible en https://www.fiscal.es/eu/documentaci%C3%B3n?delta=50&start=28).

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, C., «Menores con problemas de conducta en régimen de acogimiento residencial: ¿un caso de vulnerabilidad jurídica?», en *Personas vulnerables y Derecho* (dirs.: García Pérez y Sánchez Hernández), Tirant lo Blanch, 2024, pp. 399 a 438.

LA PERSONA DE AVANZADA EDAD

La participación de «personas mayores» en el proceso

Fernando Castillo Rigabert
Magistrado de la Sala Civil y Penal
del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

SUMARIO: I. LAS PERSONAS MAYORES, UN GRUPO CADA VEZ MÁS NUMEROSO EN LAS SOCIEDADES OCCIDENTALES. II. EL DERECHO ANTE EL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN. LA EDAD COMO POSIBLE CAUSA DE VULNERABILIDAD.1. En la Unión Europea. 2. En Iberoamérica. 3. En España. III. LA PERSONA MAYOR EN LA REFORMA DE LA LEC LLEVADA A CABO POR REAL DECRETO LEY 6/2023 DE 19 DE DICIEMBRE.1. Ámbito de aplicación. 2. Tiempo y forma de acreditación de la edad. 3. La edad en las sucesivas instancias, en el proceso de ejecución y en las medidas cautelares. 4. Referencia al proceso penal. IV. ADAPTACIONES Y AJUSTES EN EL PROCESO CUANDO PARTICIPA UNA PERSONA MAYOR. V. PERSONAS MAYORES Y ORGANIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES. VI. PERSONAS MAYORES Y MEDIOS ADECUADOS (O ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. VII. BIBLIOGRAFÍA

I. Las personas mayores: un grupo cada vez más numeroso en las sociedades occidentales

Las sociedades occidentales están notablemente envejecidas[1]. La existencia de un grupo, cada vez más numeroso, de personas mayores presenta retos de todo tipo. Los datos de la Unión Europea en general, y de España en particular, no dejan lugar a dudas.

En el dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Estrategia europea para las personas mayores», en su observación general 2.2, podemos leer que se calcula que la población de los países de la UE por encima de los 65 años crecerá de 90,5 millones a principios de 2019 hasta llegar a 129,8 millones en 2050. Durante este período, el número de habitantes de la UE con una edad entre 75 y 84 años se incrementará un 56,1 %, mientras que el de los de entre

1. No podemos olvidar que el hecho de que exista un grupo numeroso de población «mayor» suele ser un dato de desarrollo y es indicativo de, por lo general, de la existencia de una sociedad avanzada.

65-74 años aumentará un 16,6 %. En cambio, se estima que habrá una reducción del 13,5 % de personas con menos de 55 años viviendo en la UE en 2050.[2]

Según datos de la Organización Panamericana de la Salud, en las Américas residen alrededor de 106 millones de personas mayores de 60 años, y se calcula que en 2050 esta cifra alcanzará aproximadamente los 310 millones, de los cuales 190 millones residirán en Iberoamérica y el Caribe. La Organización Económica para América Latina y el Caribe alerta de que alrededor del año 2040 en esa área geográfica habrá más personas «mayores» que niños

En España, según datos del IMSERSO, referidos a 2022, los mayores de 65 años son unos 9 millones, lo que en términos porcentuales representa casi un veinte por ciento de la población total.

II. El derecho ante el envejecimiento de la población; la edad como posible causa de vulnerabilidad

El Derecho no puede permanecer ajeno ante el fenómeno del envejecimiento de la población. Se está reflexionado desde distintos sectores del ordenamiento jurídico y, partiendo de la idea de la protección de lo que se denominan personas en situación de vulnerabilidad[3], se hacen propuestas para garantizar el acceso de éstas a la justicia y la posibilidad de considerar la edad como un factor a tener muy en cuenta en el proceso. Incluso hay autores que proponen la creación de un «derecho procesal geriátrico»[4].

---

2. Ver https://imserso.es/documents/20123/140652/estrategia_europea_ppmm_20230830.pdf/d52a165a-a81e-c8ef-493c-844aef904b7b.
Leciñena Ibarra, A., en «El compromiso europeo en el cuidado de las personas mayores», afirma que según Eurostat se estima que el 30 % de los europeos tendrá 65 años o más en 2070, frente al 20 % hoy, pasando de 92,1 millones en 2020 a 130,2 millones en 2050. Entre 2019 y 2070, la proporción de personas de 80 años o más, según las proyecciones, se duplicará con creces hasta situarse en el 13 %, pasando de 26,6 millones en 2020 a 49,9 millones en 2050. El trabajo de la profesora Leciñena está accesible en https://noticias.juridicas.com/actualidad/el-sector-legal/19183-el-compromiso-europeo-en-el-cuidado-de-las-personas-mayores-/

3. En la Convención sobre los Derecho de las Personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su artículo 13, relativo al acceso a la justicia, se habla, con respecto a las personas con discapacidad de la posibilidad de realizar ajustes en el procedimiento adecuados a la edad. Nuestra Ley de Enjuiciamiento va más allá, puesto que las adaptaciones del procedimiento por edad no las vincula exclusivamente a la discapacidad sino el simple hecho de haber cumplido determinados años.

4. Pérez Cázares, M.E., «El acceso a la justicia de las personas adultas mayores. El Nuevo Derecho Procesal Geriátrico», 2019, https://doi.org/10.25965/trahs.1409

1. En la Unión Europea

La necesidad de atención a las personas mayores aparece en el art. 25 de la Carta de Derechos de la Unión Europea—precepto que se incardina en el capítulo III referido a la igualdad— en el que podemos leer que se reconoce y respeta el derecho de esas personas a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural. El art. 21 de la mencionada Carta prohíbe cualquier tipo de discriminación, incluyendo expresamente la de edad. La sentencia de la gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el c-144/04, asunto Mangold, de 22 de noviembre de 2005, en su apartado 75, proclama que el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario.

2. En Iberoamérica

En el ámbito Iberoamericano, resultan de sumo interés, en el tema que centra nuestro estudio, las denominadas «Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad». Se trata de un documento fruto de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada, los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008, en la capital de Brasil.

Los participantes, como dice la Exposición de Motivos, entendieron necesario elaborar unas reglas básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. Se consideran en dicha condición a quienes se refiere el texto (que enumera ejemplificativamente diversas circunstancias), siendo la edad una de las causas específicamente mencionada. Por lo que respecta a las personas mayores, se afirma que el envejecimiento también puede constituir un supuesto de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentra especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

Se establece como objetivo la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia. Se proponen dos tipos de medidas o actuaciones: a) procesales y b) de organización y gestión.

Entre las primeras, se propicia la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos; se promueve la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales y para favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial de las personas en condición de vulnerabilidad; se incentiva la elaboración de formularios de

fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones y, finalmente, se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad.

Las recomendaciones en cuanto a la organización y gestión procesal son las siguientes: la forma de la organización del sistema de justicia deberá facilitar el acceso a las personas vulnerables; se adoptarán medidas para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial y la ejecución rápida de lo resuelto, otorgando prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso; se deberán establecer mecanismos de coordinación entre las instituciones; se fomentarán medidas destinadas a la especialización de los intervinientes en el sistema judicial para la atención de las personas en condiciones de vulnerabilidad; se estimará conveniente la creación de órganos especializados; se deberá fomentar la actuación de equipos multidisciplinares y, finalmente, se procurará el acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.

En el mismo ámbito geográfico, y en el marco de la Organización de Estados Americanos, ha de resaltarse la existencia de un texto jurídico que, a diferencia de los principios de Brasilia, tiene fuerza vinculante. Me estoy refiriendo a la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. En el Preámbulo se resalta que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que el resto de la población, y que estos derechos, incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano. Y se reconoce que la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades.

Se dedica el art. 31 de la Convención al derecho de acceso a la justicia de las personas mayores en el que nos encontramos con las siguientes previsiones normativas:

a) La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

b) Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas.
c) Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.
d) La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor.
e) Asimismo, los Estados Parte desarrollarán y fortalecerán políticas públicas y programas dirigidos a promover: a) mecanismos alternativos de solución de controversias. b) capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor.

3. En España

La Constitución Española, en su art. 14, proclama el principio de igualdad y prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. No hay, por tanto, una mención expresa de la edad, aunque no cabe duda de que la discriminación por edad entra en los conceptos genéricos «condición o circunstancia personal o social[5].

5. Resulta muy interesante el análisis que realizan Díaz-Tendero Bollain, A y Flores Giménez, F en «El edadismo hacia las personas mayores en las sentencias del Tribunal Constitucional», consultado en https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2023/11/Analisis-de-jurisprudencia.pdf Afirman estos autores, antes de analizar las no muy numerosas sentencias del TC en materia de discriminación por razón de edad, que «el tratamiento de las personas mayores por parte del Derecho, o dicho de otro modo, las construcciones jurídicas sobre las personas mayores, reflejan, generalmente, las construcciones sociales sobre la vejez de las generaciones anteriores. Por esta razón, en ocasiones hay un desfase entre las políticas públicas y los marcos legales que fueron diseñados para una vejez 'corta' (concebida como etapa vital de carencias físicas, económicas y sociales) y las necesidades de las personas mayores de hoy, quienes en muchos casos viven su vejez durante décadas en buenas condiciones de salud, productividad, autonomía y bienestar. Es preciso señalar que este nuevo modelo de vejez no entra en contradicción con el reconocimiento de la existencia de personas mayores que, por diferentes circunstancias son frágiles y se encuentran en situación de vulnerabilidad, ni por lo tanto con su correspondiente necesidad de protección. La inclusión de las múltiples vejeces es parte esencial de la denominada 'perspectiva de persona mayor', mirada que se muestra notablemente más ágil en adaptarse a las nuevas realidades y a los nuevos paradigmas de la vejez. Si bien el envejecimiento es un proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales asociados a interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio, la vejez es una construcción social de la última etapa del curso de vida, en el sentido de que tanto la vejez como los problemas enfrentados por las personas mayores se crean socialmente. En otras palabras, el envejecimiento es un hecho constatable u objetivo, mientras que la vejez es una suerte de apreciación subjetiva. La cultura de la vejez, las percepciones e ideas tanto individuales como colectivas sobre lo que es ser persona mayor, está en permanente construcción/deconstrucción, y los grupos etarios y las generaciones que hoy son personas mayores inciden en el paradigma de la vejez que vivirán los subsecuentes grupos etarios y generaciones de personas mayores. El peso de la construcción social es tan rotundo, que las características que se asocian a tener una edad avanzada pesan más que las capacidades y aptitudes de la persona mayor en concreto. Y no todas las personas están en la misma situación.»

En el art. 50 de nuestra Ley Fundamental, se establece que los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

III. La persona mayor en la reforma de la ley de enjuiciamiento civil llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 6/23, de 19 de diciembre

Teniendo en cuenta estas referencias, pasamos a analizar la reforma que, con respecto a las personas mayores, se establece en el Real Decreto-Ley 6/23, 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 el Preámbulo, se dice que una de las principales reformas en la Ley de Enjuiciamiento Civil es que se ha tenido especialmente en cuenta la situación y necesidades de las personas mayores, para eliminar las barreras que les impiden participar en los procesos judiciales en igualdad de condiciones, contribuyendo a la creación de un servicio público de Justicia inclusivo y amigable.

Se ha modificado el artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el que se establece la posibilidad de «ajustes para personas con discapacidad y personas mayores»[6]. Nuestro interés se centra en estas últimas.

De acuerdo con dicho precepto, «en los procesos en los que participen personas con discapacidad y personas mayores que lo soliciten o, en todo caso, personas con una edad de ochenta años o más, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad» (art. 7 bis 1 LEC).

6. El art. 7 bis fue introducido en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 8/21, 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. Lo que se hace en el RD Ley 6/23 es añadir la referencia a las personas mayores.

1. Ámbito de aplicación

A) «Participantes» en el proceso

Debemos destacar, en primer lugar, que el citado precepto, cuando menciona la edad, no lo hace en relación con «las partes» sino que se refiere a «participantes»[7]. Por ello, hemos de entender que las «adaptaciones» y «ajustes» que se puedan realizar en el proceso no sólo se predican de las partes en sentido estricto (demandante, demandado, acusado, acusadores…) sino que también pueden ser aplicables a otros intervinientes como son, por ejemplo, los testigos, los peritos o los traductores o intérpretes.

Entendemos que, respecto a las personas mencionadas, no deben suscitarse dudas de la aplicabilidad de la norma. Pero no tenemos tan clara la respuesta a las siguientes preguntas: ¿Se puede incluir, asimismo, a otros «participantes» tales como abogados, procuradores[8], letrados de la administración de justicia, miembros del Ministerio Fiscal o, incluso, personal jurisdiccional? En sentido literal, son parte de lo que la ley llama «participantes» en el proceso, pero entendemos que el contenido de las adaptaciones y ajustes no se puede aplicar, en todo caso, a dicho personal.

B) Requisitos de edad

Por lo que se refiere a la edad, la ley establece dos supuestos. El primero de ellos es el de las personas con sesenta y cinco años o más, pero sin superar los ochenta; el segundo, la de quienes tienen ochenta años o más[9].

---

7. El término «participante» es el que utiliza específicamente el art. 13 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Instrumento de ratificación por España de 23 de noviembre de 2007, BOE de 21 de abril de 2008). La redacción, que transcribimos, no deja lugar a dudas: para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

8. No es nada infrecuente que abogados y procuradores sigan ejerciendo su profesión después de cumplidos sesenta y cinco años e, incluso, después de los ochenta, aunque, obviamente, en un porcentaje mucho menor. Algunas de las adaptaciones y ajustes a realizar con las personas mayores no son necesario que se les apliquen puesto que, por su profesionalidad, no las necesitan, pero no se puede excluir, a priori, que no puedan solicitar y obtener otras como, por ejemplo, las relativas a accesibilidad física o a determinadas franjas horarias para las vistas. Según me han informado el SCOP de Murcia, desde la entrada en vigor de la Ley sólo han tenido la petición de un abogado en ejercicio, mayor de 80 años, de aplicación de las medidas de la LEC. La solicitud fue denegada y letrado se aquietó a la misma.

9. Dada la fecha de promulgación de esta modificación de la Ley es posible que la edad de 65 años sea excesivamente corta, ya que, como sabemos, se está incrementando progresivamente la edad de jubilación. Por otro lado, debido a los avances de salud muchas personas que han rebasado dicha edad se encuentran en un estado físico y cognitivo más que satisfactorio. A los ochenta años sí parece que se ha entrado en una etapa de vejez en la que la persona se encuentra muy próxima a su esperanza de vida, que en España está en torno a los 84, siendo mayor en las mujeres que en los hombres.

Si se es menor de ochenta años, las adaptaciones y ajustes podrán hacerse a instancia de la persona interesada; si se han cumplido los ochenta, las modificaciones se realizarán tanto a petición de la persona interesada como de oficio por el tribunal.

C) La edad como dato relevante en el proceso

Por tanto, la edad puede ser un dato relevante en el proceso. Lo ha sido siempre para las partes, puesto que, si son menores, deben comparecer mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley, conforme a lo que establece el art. 7.2 de la LEC.

a) En relación con las partes

Salvo error, no existe ninguna norma, de carácter general, en la Ley de Enjuiciamiento Civil que determine el deber de consignar la edad de las partes. Nada se dice textualmente ni en el precepto que regula la demanda (art. 399)[10] ni en el que hace referencia a la contestación (art. 405). Sería deseable establecer la obligación de acreditación de la edad, pues de esa manera podría controlarse más eficazmente la concurrencia de los requisitos de capacidad procesal tanto de oficio por el tribunal como, en su caso, a instancia de parte. Y ello permitiría, a su vez, la posible aplicación de oficio de las previsiones legales de adaptación a quienes hayan cumplido los ochenta años.

b) Con respecto a los testigos

En el caso de los testigos, la Ley de Enjuiciamiento Civil menciona la edad en diferentes preceptos. Así, el artículo 361 prevé que los menores de catorce años pueden declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente; el art. 365 dispone que a los menores de edad penal no se les exija juramento o promesa de decir la verdad antes de que se inicie el interrogatorio o en el art. 367.1.1º conforme al que se establece que, al inicio del interrogatorio, se pregunte al testigo, entre las preguntas generales de la ley, por su edad.

c) El supuesto de los peritos

Respecto a los peritos, la Ley de Enjuiciamiento Civil no tiene previsión alguna sobre su edad. Se parte de asumir que el perito es mayor de edad, puesto que

---

10. La edad podría considerarse incluida genéricamente en la expresión «datos y circunstancias» a las que hace referencia el art. 399, aunque al relacionarlos con el art. 155 de la LEC da la impresión de que la atención del legislador se refiere a los actos de comunicación.

difícilmente podría tener la condición de experto en materia alguna antes de haber cumplido los dieciocho años. En cualquier caso, el perito es posible que tenga que ser citado al juicio (tanto en el proceso ordinario como en el verbal) por lo que el dato de su edad puede ser relevante de cara a realizar las correspondientes «adaptaciones» o «ajustes». En este supuesto, la parte, si el dictamen es aportado por ella, deberá indicar la edad del perito, pues de otro modo el tribunal no puede conocerla; en el supuesto de que el perito lo sea por designación judicial será el propio tribunal el que deba comprobar este dato.

2. Tiempo y forma de acreditación de la edad

Por consiguiente, en los procesos iniciados a instancia de parte, si se desea que se hagan ajustes y adaptaciones por la edad de los participantes, será preciso acreditarla y solicitar, en su caso, la aplicación de las previsiones legales.

En cuanto al momento de acreditación, para las partes, lo normal será hacerlo en los escritos iniciales del proceso, según la respectiva posición procesal; esto es, en demanda y contestación.[11]

No obstante, estimo que no existe problema en realizar dicha alegación en un trámite posterior. Ahora bien, entiendo que ello no da derecho a que se retrotraigan las actuaciones para practicar nuevamente los actos ya precluidos con las correspondientes adaptaciones y ajustes, excepto en el supuesto de que se acreditase que se ha producido una situación de indefensión para la parte por no haber realizado la adaptación o ajuste pertinente y teniendo el tribunal el deber de conocer la edad del «participante».

Téngase en cuenta, por otro lado, que es perfectamente posible que al inicio de las actuaciones no se cumplan los requisitos de edad, pero considerando que el proceso suele desarrollarse—con los recursos o, incluso, la ejecución forzosa— en un lapso prolongado de tiempo, pendiente el mismo, se puede cumplir la edad legalmente prevista para las adaptaciones y ajustes, momento en el que, sin duda, puede alegarse esta circunstancia.

Por lo que respecta a otros participantes, la petición de adaptación deberá realizarse necesariamente antes del acto procesal en el que deban intervenir.

---

11. No veo inconveniente en que se puedan pedir, si se cree necesario, en la solicitud de medidas cautelares previas al proceso. Obviamente, si se acuerdan, lo será de forma provisional y supeditada a la presentación de la demanda en el plazo legalmente previsto de veinte días conforme al art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De acuerdo con el art. 362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al proponer la prueba de testigos, se expresará su identidad, con indicación, en cuanto sea posible, del nombre y apellidos de cada uno, su profesión y su domicilio o residencia. Aunque la Ley no lo dice, entiendo que la edad del testigo puede ser relevante (antes cuando era menor de edad ahora también cuando tiene sesenta y cinco años o más) por lo que, si entra en el concepto legal de «mayor», la parte que lo propone debería advertirlo, sin perjuicio de que también lo pueda manifestar el propio testigo.

En el juicio ordinario, las partes deberán indicar, conforme a lo que establece el art. 429.5, qué testigos y peritos se comprometen a presentar en juicio y cuáles, por el contrario, han de ser citados por el tribunal. La citación se acordará en la audiencia previa y se practicará con la antelación suficiente.

En el supuesto de que la parte se comprometa a presentar al testigo en el juicio, sin necesidad de citación judicial, y conoce que éste tiene sesenta y cinco años o más, entiendo que debería preguntarle si desea que se hagan las correspondientes «adaptaciones» y «ajustes» y, en caso de respuesta afirmativa, debería comunicarlo al tribunal especificando cuáles son las que, a su juicio, deben realizarse y acreditando, obviamente, que el testigo ha cumplido la edad legalmente establecida. Esta comunicación debe hacerse con antelación suficiente, y siempre antes del inicio del juicio, para que el tribunal pueda adoptar las medidas solicitadas. Si el testigo desea que se hagan las adaptaciones lo debe comunicar a la parte—si ésta no se lo sabe— para que, a su vez, se ponga en conocimiento del tribunal competente.

Si, por el contrario, la citación del testigo se hace por el órgano judicial será de aplicación lo dispuesto en los artículos 159 y 160 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A nuestro entender, en el momento de la citación se deberá informar al testigo de los derechos de las personas mayores y se debería habilitar un plazo prudencial, siempre suficientemente amplio, para que manifiesten, si desean algún tipo de adaptación. El modo de comunicación habrá de ser sencillo y accesible. En este caso, bastará con que en el correspondiente modelo de citación se incluya, como cláusula de estilo, la información sobre los derechos de las personas mayores.

Por lo que respecta a la forma de acreditación de la edad, lo normal será realizarlo mediante los documentos habituales a tal fin como son el DNI, el NIE, pasaporte, certificación de nacimiento, libro de familia, etc.

En los escritos de demanda y contestación, la petición de las correspondientes adaptaciones puede encajar perfectamente en la fórmula del otrosí, puesto

que se trata, en definitiva, de una petición complementaria que no tiene relación con las pretensiones que se ejercitan respecto al objeto principal del proceso. Lo mismo podemos decir respecto a la querella que se presenta por persona «mayor». En el proceso contencioso administrativo, esta indicación puede realizarse ya desde el momento de presentación del escrito de interposición.

3. La edad en las sucesivas instancias del proceso, en el proceso de ejecución y en las medidas cautelares

Dice la Ley que las adaptaciones se realizarán en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación, y podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. Ello significa, por tanto, que deberán hacerse, cuando concurran los requisitos legales, tanto en la primera instancia como en los eventuales recursos que se interpongan, así como, en su caso, en la adopción de medidas cautelares y en el proceso de ejecución.

En este último caso, cuando se proceda por título extrajudicial habrá de advertirse, por quien estime que le son aplicables las previsiones del art. 7 bis de la LEC, al órgano responsable de la ejecución, puesto que los datos de edad no constan en el proceso, a no ser que se deduzcan del título por el que se despache ejecución. De igual forma, el ejecutado también puede informar al órgano judicial de su edad. Si se trata de ejecución de título judicial, salvo que haya cumplido los años después del nacimiento del título, lo más probable es que ya consté el dato de su edad en los autos; por el contrario, si el título es de distinta naturaleza dicha circunstancia lo más habitual es que sea ignorada por el tribunal.

El lugar más apropiado para que el ejecutante acredite su edad y pida las medidas de ajuste es la demanda ejecutiva, mediante el correspondiente otrosí y adjuntado los documentos correspondientes.

El primer momento que tiene el ejecutado para pedir ajustes por razón de edad es cuando presente el escrito de personación en la ejecución, tras la notificación del auto que autorice y despache ejecución, así como el decreto que en su caso hubiera dictado el Letrado de la Administración de Justicia, junto con copia de la demanda ejecutiva (art. 553 Ley de Enjuiciamiento Civil). Obviamente, nada impide que comunique su edad en un momento posterior.

4. Referencia al proceso penal

En el ámbito penal, la edad ha sido, asimismo, relevante para la determinación de si rigen las normas generales o si, por el contrario, se han de seguir las del proceso de menores. No cabe duda de que el artículo 7 bis de la LEC es, asimismo, aplicable al proceso penal debido al carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil y lo mismo podemos decir con referencia al proceso contencioso administrativo o laboral.

Las personas mayores son, en ocasiones, especialmente vulnerables y, con frecuencia, son víctimas del delito u objetivo preferente de prácticas comerciales agresivas que los llevan a la asunción de compromisos contractuales muy desfavorables.

Por ello, el dato de la edad también debería ser tenido en consideración cuando el proceso penal no ha comenzado aún en sentido estricto, pero han de realizarse actos para su puesta en marcha, como es, por ejemplo, la presentación de la correspondiente denuncia. Igual que la norma, en el proceso, establece determinadas adaptaciones para quienes ya han cumplido sesenta y cinco años dichos ajustes deberán ser tenidos, asimismo, en consideración en los actos previos como, por ejemplo, cuando se transmite la *notitia criminis*, especialmente cuando tiene la condición de víctima. Por ello, si una persona de sesenta cinco años o más accede a dependencia policiales, y acredita dicha edad, deberá ser tratada con preferencia, se le deberá instruir de sus derechos en un lenguaje claro, deberá procurarse que esté sentada, etc.

Igualmente, se ha de tener en consideración la edad de los detenidos o puestos a disposición judicial como presuntos responsables de un hecho delictivo. Su condición de posibles investigados no les priva de los derechos que la ley les reconoce y, por consiguiente, se deberán hacer las adaptaciones y ajustes correspondientes.

IV. Adaptaciones y ajustes en el proceso cuando participa una persona mayor

La Ley señala diversos campos en los que deban realizarse las correspondientes adaptaciones; en concreto en la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

Por ello, la ley afirma que las personas mayores tienen derecho a entender y a ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin, y solo

por lo que se refiere a las personas mayores puesto que las discapacitadas tienen un grado de protección aún mayor[12]:

a) Todas las comunicaciones se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil.
b) Las personas mayores podrán estar acompañadas de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

Fernández Martínez Fuentes[13] afirma que los ajustes consisten en la adaptación que se realiza en una norma para tener en cuenta las necesidades específicas de una persona, con el fin de que pueda acceder a la Justicia plenamente y en condiciones de igualdad.

Las adaptaciones y ajustes deben proyectarse en diferentes planos:

a) Plano físico, para tener plena accesibilidad a los edificios e instalaciones judiciales. Según Font de Mora,[14] ello debe incluir facilitar el acceso a los edificios, salas de vistas y dependencias judiciales; permitir que estén sentados en todo momento; que estén el menor tiempo posible en dependencias judiciales; atenderles con paciencia y amabilidad cuando contacten por teléfono o logren enviar un correo electrónico; utilizar señales adecuadas en los edificios judiciales y prestar una especial atención por el personal de información y seguridad de las sedes judiciales.
Todas las medidas sugeridas nos parecen acertadas, pero ha de hacerse notar que su implementación y eficacia depende de distintas autoridades y funcionarios. Algunas de ellas pueden ser adoptadas por los titulares de los órganos judiciales y Letrados de la Administración de Justicia, mientras que otras dependerán de las instrucciones que hayan dado los responsables del personal.
Sería deseable que en todos los edificios y complejos judiciales existiese un servicio de información que orientase adecuadamente a quienes requirieran su intervención; asimismo, es preciso que el personal que responde los teléfonos reciba formación que detecte las necesidades de los que se co-

12. Respecto a las personas con discapacidad, la Ley prevé: a) que la comunicación también se haga a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica; b) se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida y c) la persona con discapacidad podrán estar acompañadas de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

13. Fernández Martínez Fuentes, J.M., «Tutela judicial efectiva y en condiciones de igualdad para las personas mayores», El Derecho, Tribuna, publicado el 20-03-2024.

14. Font de Mora, Jaime, «El impacto de la edad en el proceso civil: nuevas medidas de los artículos 7 bis y 183.3 bis de la LEC para las personas mayores» (RDL 6/23). Acceso en blog.Sepin.es/impacto-edad-en-el-proceso-civil-rdl-6/23

municican con ellos. Considero conveniente que esté siempre disponible la atención personalizada, pues es notorio que las personas mayores o discapacitadas no se sienten normalmente cómodas con los servicios de respuesta automatizados. Es importante que las dependencias de la administración de justicia estén debidamente señalizadas.

b) Plano comunicacional, para recibir la información de forma efectiva utilizando los medios adecuados: sistema Braille, formatos digitales, accesibilidad web, textos de lectura fácil, lenguaje de signos, entre otros.

Obviamente, resulta importante el lenguaje que se utilice. Si siempre es deseable que, en las resoluciones y actos de comunicación, y sin perjuicio del rigor técnico, se use un lenguaje fácilmente entendible y ello es, si cabe, de mayor relevancia cuando se trata de personas mayores, especialmente las de ochenta años o más. Por eso, el precepto dice que «todas las comunicaciones, orales o escritas, dirigidas a personas con discapacidad, con una edad de ochenta o más años, y a personas mayores que lo hubieran solicitado se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.»

Estas medidas de adaptación del lenguaje son singularmente relevantes en aquellos procesos en los que la postulación no sea preceptiva o se dirijan a quien no sea parte en el proceso. Es una obviedad que cuando los profesionales de confianza de la parte intervienen en el proceso la labor de explicación de cada uno de los diferentes actos procesales corre a cargo de estos. En los supuestos en los que la ley requiera una intervención personal de la persona mayor, las exigencias de claridad, sencillez y accesibilidad son siempre aplicables.

La Disposición Adicional segunda del RD Ley 6/23 dispone que las administraciones con competencias en materia de Justicia garantizarán que todos los ciudadanos, con especial atención a «las personas mayores o personas con algún tipo de discapacidad, que se relacionan con la Administración de Justicia, puedan acceder a los servicios electrónicos en igualdad de condiciones con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos. A tal fin, se ajustarán en lo que sea de aplicación al Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público y demás regulación estatal y autonómica en materia de igualdad y no discriminación.»[15]

---

15. Tal como está redactado parece que estas medidas sólo son aplicables a los que se relacionan de forma habitual con la administración de justicia. Lo correcto sería que se dijera «relacionen», que comprende cualquier situación relacional ya sea cierta o bien hipotética.

c) Medidas de apoyo por terceras personas. De acuerdo con lo que establece la ley, las personas mayores (también los discapacitados) podrán estar acompañadas de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

Esta persona, entiendo, deberá respetar la confidencialidad cuando el secreto sea exigible. Los acompañantes pueden estar con la persona mayor en todo momento del proceso, sin que se pueda restringir, puesto que la ley no lo hace, su asistencia a los diferentes actos, debiendo asegurarse, en todo momento, su proximidad a la persona mayor al objeto de que pueda realizar su labor. Por tanto, habrán de adoptarse las medidas oportunas para la comunicación entre la persona acompañada y la acompañante de manera semejante a lo dispuesto en el art. 42.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.[16] Lo más habitual es que este acompañante sea un fami-

---

16. Surge la duda, dada la redacción del precepto, de si las personas mayores pueden hacer uso de la figura del «facilitador» de la que habla el art. 7 bis 2.c) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La norma dispone (en el contexto de las medidas que se pueden adoptar para que los discapacitados y mayores puedan entender y ser entendidos) que se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. En el caso de intervención del «facilitador» sólo se mencionan a los discapacitados. En el preámbulo de la Ley 8/21, se puede leer que «se permitirá que la persona con discapacidad, si lo desea y a su costa, se valga de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste.» Como sostiene Mazzini Parejo («La traducción y la interpretación de lengua extranjera como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva», tesis doctoral, inédita, Sevilla, 2025) la intervención del facilitador es opcional y el coste económico deberá ser soportado por la persona que acuda a ella. A juicio de la autora, y por lo que se refiere a los discapacitados, «esta previsión entra en conflicto con la necesidad de no discriminar a las personas con discapacidad, pues cualquier ajuste que requieran para entender el proceso e intervenir en él en igualdad de condiciones con la otra parte no debería suponerles un desembolso económico.» No existen, que sepamos, normas generales sobre los requisitos que debe tener el «facilitador». La Comunidad de Madrid sí lo ha regulado por Decreto 52/2024, de 8 de mayo, en el que en su artículo 4 podemos leer: Los profesionales expertos facilitadores para poder ser designados como facilitadores de las personas con discapacidad, deberán reunir los siguientes requisitos:

a) Ser licenciados/as o graduados/as en psicología, derecho, logopedia, criminología, trabajo social, educación social o terapia ocupacional.
b) Poseer formación específica como persona facilitadora para apoyar a personas con discapacidad en procesos judiciales en los que participen. Estos cursos deberán tener una duración mínima de 100 horas y deben ser impartidos por universidades, colegios profesionales y entidades representativas de los intereses de las personas con discapacidad.
c) Carecer de antecedentes en el registro Central de Delincuentes Sexuales, que se acreditará mediante certificado negativo del citado registro.

Los facilitadores, en su actuación, y conforme a lo dispuesto en el art. 6 del Decreto citado, estarán sujetos a los siguientes principios:

a) Principio de necesidad de actuación y proporcionalidad: la intervención de los facilitadores en los procedimientos judiciales se facilitará cuando se compruebe la necesidad de realizar adaptaciones y ajustes en los mismos para garantizar la participación efectiva de la persona con discapacidad, y las adaptaciones y ajustes que se propongan serán congruentes con esta necesidad.
b) Principio de neutralidad: la persona facilitadora es imparcial no tiene otro interés en el proceso que ofrecer los apoyos necesarios que permitan a la persona con discapacidad participar plenamente en el mismo.
c) Principio de asistencia personalizada: los ajustes en general, y en particular los relacionados con el lenguaje y la comunicación se adaptarán a las necesidades y a la forma de comunicarse de cada persona.
d) Principio de confidencialidad: el personal experto que actué como facilitador deberá respetar la confidencialidad de toda la información que conozca en relación con el proceso y la persona a la que presta su asistencia.

liar de la persona mayor, pero nada impide que se trate de alguien que mantenga cualquier otro tipo de relación.

Han de tenerse, de igual modo, en consideración las reglas contenidas en el art. 183.3 bis de la Ley. En dicho precepto, se prevé la posibilidad de que las personas de ochenta años y más, bien sean las partes u otros intervinientes, que deban asistir a las vistas, puedan solicitar al Letrado de la Administración de Justicia, y esta petición es vinculante, que los señalamientos se hagan en las primeras o últimas horas de audiencia en función de las necesidades de la persona afectada.

Lo que no dice la norma es cómo se ha de pedir (¿presentando un escrito? ¿por medios telemáticos? ¿por teléfono? ¿por cualquier sistema de comunicación que permita dejar constancia de la solicitud?) ni el momento de presentar esta petición, ni la forma que ha de adoptar la respuesta, ni cómo impugnar la decisión si no es conforme a la petición. Hubiera sido conveniente establecer un plazo mínimo para realizar la solicitud, puesto que ello puede afectar a todos los señalamientos que estén previstos. En cualquier caso, al ser una norma que les da preferencia, si se solicita habrá que dársela y, por tanto, ello podrá provocar retrasos en otros señalamientos.

La finalidad de esta previsión parece que es la de que las personas mayores pasen el menor tiempo posible en dependencias judiciales. Por ello, puede ser más acertado, de cara a cumplir esta finalidad, que las vistas en las que intervengan mayores sean señaladas a primera hora, puesto que si son las últimas es más que posible que haya retrasos con lo que no se podría comenzar puntualmente y no se conseguiría el propósito de reducir el tiempo de estancia en los edificios judiciales.

Todos los procedimientos, tanto en fase declarativa como de ejecución, en los que alguna de las partes interesadas sea una persona con una edad de ochenta años o más serán de tramitación preferente.

V. Personas mayores y organización de los órganos jurisdiccionales

Una última cuestión, a la que es interesante responder, se refiere a la influencia que pueda tener, respecto a las personas mayores, la organización jurisdiccional. Las reglas de Brasilia, ya mencionadas, hacen referencia a que el legislador debe promover la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.

En el preámbulo de la LO 1/25, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público[17] de Justicia se afirma que la justicia se debe percibir por la ciudadanía «como algo propio, cercano, eficaz, entendible y relativamente rápido. En palabras del constitucionalismo moderno, este servicio público (ahora con minúscula) precisa tanto de legitimidad social como de eficiencia. Legitimidad en el sentido de grado de confianza y credibilidad que el sistema de Justicia debe tener para nuestra ciudadanía, y eficiencia[18] referida a la capacidad de este sistema para producir respuestas eficaces y efectivas».

Se perseguiría, siguiendo con el preámbulo de la ley, un triple propósito: a) afianzar que el acceso a la justicia suponga la consolidación de derechos y garantías de la ciudadanía; b) que su funcionamiento como servicio público se produzca en condiciones de eficiencia operativa y c) que la transformación digital de nuestra sociedad reciba traslado correlativo en la Administración de Justicia.

Para el logro de estos propósitos e intenciones una de las novedades introducidas por la ley es la desaparición de los juzgados[19] y la creación de los llamados tribunales de instancia—y el tribunal central de instancia—. El modelo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 no se altera en el sentido de que consolida la desaparición de los llamados «Juzgados de Distrito» que sustituyeron, a su vez, a los juzgados municipales y comarcales.

Desde un punto de vista territorial, según reza el art. 30 de la LOPJ, que no ha sido modificado, el Estado se organiza, a efectos judiciales, en municipios, partidos, provincias y comunidades autónomas. Esta afirmación debemos matizarla en el sentido de que, en los municipios que no sean capital de partido judicial, la presencia del poder judicial del Estado se limita a los juzgados (ahora jueces) de paz[20] con unas competencias extremadamente limitadas.[21]

---

17. No me cansaré de repetir que es un error conceptual utilizar el concepto «servicio público» para referirnos a uno de los tres poderes del Estado, el judicial. ¿Cómo se puede explicar que un «servicio público» pueda controlar la actividad del Gobierno y de la administración a través de la jurisdicción contencioso-administrativa?

18. Según el diccionario de la RAE «eficiencia», en su segunda acepción, es «la capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos».

19. Se eliminan todos los órganos unipersonales (los denominados «juzgados» en nuestra terminología tradicional). Se mantienen los jueces de paz integrados en las oficinas municipales de justicia.

20. Ni siquiera el propio legislador ha sido capaz de asimilar la desaparición de los juzgados, puesto que sigue utilizando dicha terminología, por ejemplo, en el art. 100 de la LOPJ, que no ha sido modificado. Lo que se hace en la nueva ley es mantener a los «jueces» de paz, mientras que los «juzgados» de paz son sustituidos por las oficinas de justicia en los municipios.

21. Recordemos que el art. 100.1 de la LOPJ establece que los Juzgados de Paz conocerán, en el orden civil, de la sustanciación en primera instancia, fallo y ejecución de los procesos que la ley determine y cumplirán también las demás funciones que la ley les atribuya. El art. 47 de la LEC, tras la reforma llevada a cabo por la LO 1/25 les atribuye el conocimiento, en primera instancia, de los asuntos civiles de cuantía no superior a ciento cincuenta euros que no

Desde la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, podemos afirmar que se seguido un modelo de «centralización» de los órganos judiciales que, en mi opinión ponen en entredicho la afirmación del preámbulo de la LO1/2025 de que la justicia se debe percibir por la ciudadanía como algo, entre otras características, «cercano».[22] Se llegó—en el proyecto de ley eficiencia organizativa, que se tramitaba en la legislatura anterior y que decayó como consecuencia de la convocatoria anticipada de elecciones generales en 2023[23]—a proponer la desaparición de los juzgados y de los jueces de paz.

Ya tuve ocasión de examinar, en trabajos anteriores, la relación entre la estructura demográfica de España y la organización judicial[24] y me remito a los argumentos que expuse en ellos. Entiendo que, para el legislador, la organización judicial diseñada pueda tener ventajas presupuestarias y de coordinación organizativa. Pero creo que estas razones no pueden ser las únicas que deben ser tenidas en cuenta. Hay otro tipo de consideraciones que, en mi opinión, deben tener un peso notable en el modelo de organización judicial.

En primer lugar, el Poder Judicial debe estar presente en todo el territorio nacional y no resulta aconsejable su práctica desaparición en núcleos de población importantes. En las regiones más densamente pobladas, con municipios de numeroso padrón, no me parece «cercano» que el único órgano jurisdiccio-

---

estén comprendidos en ninguno de los caos a que, por razón de la materia, se refiere el apartado primero del artículo 250. Se ha producido, por consiguiente, un incremento de la cuantía desde los noventa euros de la redacción anterior a la actual. No obstante, sigue siendo, en mi opinión, una cantidad demasiado baja para suponer un alivio de trabajo a los órganos del tribunal de instancia.

Respecto a esta cuestión, resulta ciertamente ilustrativa la estadística publicada por el Consejo General del Poder Judicial del último año disponible, 2023. En ese periodo, ingresaron, en toda España, en los juzgados de paz un total de 718.324 asuntos y se resolvieron 710.703; de estos asuntos resueltos 7170 fueron juicios verbales (un 1% de los asuntos), 11006 conciliaciones (el 1.5% aproximadamente) y 644.375 exhortos.

En el ámbito penal, se le han atribuido competencias de enjuiciamiento en delitos leves conforme a lo dispuesto en las leyes procesales e igualmente actuaciones penales de prevención, o por delegación, y en aquellas otras que señalen las leyes. En el ámbito penal, del total de 639790 asuntos resueltos en 2023 (de 643090 ingresados) 606499 fueron exhortos.

Los datos se pueden consultar en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Otros-organos-de-la-administracion-de-justicia/Juzgados-de-Paz/

22. Esa tendencia se manifiesta en sucesiva creación, en la mayoría de los casos, de nuevos órganos, de jurisdicción provincial (Juzgados de lo Penal, de lo Contencioso Administrativo, de lo Mercantil…), con sede en la capital de la provincia, aunque la ley permite que, en determinados supuestos, puedan situarse en localidades distintas a la capital y extendiendo su jurisdicción a uno o varios partidos judiciales. La creación de los tribunales de instancia no altera lo dicho.

23. Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones.

24. «Oficinas de justicia en los municipios vs juzgados de paz», en «La eficiencia de la justicia a debate» AA VV, Valencia, 2024, págs. 207-225 y La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios» (en AA.VV., Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los Proyectos de Eficiencia del Servicio Público de Justicia, Madrid, 2023, págs. 21 a 44)

nal sea un juez de paz (en una oficina de justicia del municipio), con la limitadas competencias, civiles y penales, que tienen dichos órganos[25].

En segundo término, España debe aplicar políticas que eviten el despoblamiento de determinadas partes del territorio nacional, aunque, en un primer momento, pueda parecer que no son económicamente eficientes. Si queremos que el fenómeno de «huida» del campo a la ciudad no continúe, o se ralentice, es necesario que en los municipios de baja escasa población se puedan prestar o se facilite acceder a sus habitantes a servicios de todo tipo[26]. Ello debe incluir el acceso a la justicia, por lo que es necesario que el Estado establezca planes y programas que lo faciliten.

La LO 1/25 ha apostado por facilitar dicho acceso, en la mayor parte del territorio, a través de las oficinas de justicia en los municipios reguladas en un nuevo capítulo IV en el título I del libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial con la rúbrica integrado por los artículos 439 ter, 439 quater y 439 quinquies.

Por tanto, en cada municipio donde no tenga su sede un tribunal de instancia existirá una oficina de justicia, que prestará servicios en la localidad donde se encuentre ubicada. En ella el juez de paz dispondrá de recursos y espacios suficientes y adecuadamente señalizados (art. 439 ter 2 LOPJ). Son unidades que, sin estar integradas en la estructura de la Oficina judicial, se constituyen en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia para la prestación de servicios a la ciudadanía de los respectivos municipios (439 ter 1 LOPJ).

Los servicios que prestarán estas oficinas son los siguientes:

— Servicios que se ofrecerán en todo caso:

a) La asistencia al juez o la jueza de paz del municipio en el ejercicio de las funciones que tenga atribuidas legalmente.

---

25. Puse ejemplos de ellos en relación con la Región de Murcia en un trabajo anterior y a él me remito («Oficinas de Justicia en los municipios vs juzgados de paz, cit.)

26. Como afirman Del Pino-Artacho, J. A., y Camarero-Rioja, L («Transporte escolar rural: Límites y oportunidades para el arraigo poblacional. Cuadernos de Pesquisa, 54, Artículo e10704. https://doi.org/10.1590/1980531410704, 2024) «las áreas rurales de Europa, pero también de otros lugares, se enfrentan a un intenso proceso de despoblación como resultado del modelo de crecimiento económico de aglomeración (Rodríguez-Pose, 2018). Los centros urbanos concentran progresivamente los recursos, la energía, la mano de obra y el conocimiento según la lógica de las economías de escala por concentración. Este proceso tiene su complementario en la periferialización que experimentan las áreas de baja densidad que quedan fuera de los flujos de capital, inversión, conocimiento e innovación. Envejecimiento demográfico, reducida capacidad de renovación vital, descualificación, precarización y descapitalización en términos de talento componen el cuadro socioeconómico de buena parte de la ruralidad.»

b) La práctica de los actos de comunicación procesal con quienes residan en el municipio o municipios para los que presten sus servicios, siempre que los mismos no se hayan podido practicar por medios electrónicos.
c) Los que, en su calidad de oficinas colaboradoras del Registro Civil, se establezcan en la ley o por vía reglamentaria.

— Servicios que se prestarán cuando el desarrollo de las herramientas informáticas y los medios materiales e instrumentales lo permitan:

a) La práctica de actuaciones procesales con residentes o personas que desarrollen su profesión o trabajo en el municipio, que deban llevarse a cabo mediante videoconferencia u otros sistemas de telepresencia incluida la intervención en actos de conciliación y derivados de expedientes de jurisdicción voluntaria.
b) La recepción de las solicitudes de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita y su remisión a los Colegios de la Abogacía encargados de su tramitación, así como las restantes actuaciones que puedan servir de apoyo a la gestión de estas solicitudes y su comunicación a los interesados.
c) Las solicitudes o gestión de peticiones de la ciudadanía, dirigidas a las Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia u órganos equivalentes en aquellas comunidades que tienen asumidas competencias en materia de Justicia.
d) La colaboración con las unidades de medios adecuados de solución de controversias existentes en su ámbito territorial, en coordinación con la Administración prestacional competente.
e) La colaboración con las Administraciones públicas competentes para que, en cuanto el desarrollo de las herramientas informáticas lo permita, se facilite a jueces, magistrados, fiscales, letrados de la Administración de Justicia y al personal al servicio de la Administración de Justicia que no esté integrado en las relaciones de puestos de trabajo de dichas Oficinas, el desempeño ocasional de su actividad laboral en estas instalaciones, comunicando telemáticamente con sus respectivos puestos.
f) Aquellos otros servicios que figuren en convenios de colaboración entre diferentes Administraciones Públicas.

La ley, por lo que se refiere a la posibilidad de realización de actos procesales en sentido estricto, sólo permite que en estas oficinas de justicia se realicen aquéllos que puedan llevarse a cabo mediante videoconferencia u otro sistema de telepresencia. Se apuesta, como ya se ha dicho, por la utilización de herramientas tecnológicas para tener contacto con la justicia en sentido estricto.

Se ha apuntado, sin embargo, la posibilidad de que el manejo de las nuevas tecnologías no suscite entusiasmo en las personas mayores. Aunque se trata de datos en relación con los métodos alternativos (o adecuados) de resolución de controversias, la información recabada por el Centro Nacional para los Tribunales Estatales de Estados Unidos[27] pone de manifiesto que la edad (junto con nivel de educación y renta) es una circunstancia para considerar en referencia al uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Así las personas mayores de cincuenta años son notablemente menos partidarias, que las menores de dicha edad, en la utilización de medios tecnológicos para resolver diversos tipos de conflicto. Además, las encuestan muestran claramente que, en materias tales como procesos de divorcio o conflictos sobre guarda y custodia de los hijos, existe un rechazo casi total al uso de las tecnologías.

Estas cifras, por tanto, nos indican que debemos ser especialmente prudentes a la hora de considerar que la tecnología sustituye a la actividad presencial, en particular cuando se trata de materias en las que el componente humano y emocional es especialmente relevante.

VI. Personas mayores y medios adecuados (o alternativos) de resolución de conflictos

Recordemos, por otro lado, que una de las novedades más importantes de la reforma operada por la LO 1/25 es el establecimiento, como requisito de procedibilidad, en el orden civil, y salvo para las materias que la ley excluye, de la necesidad de acudir previamente a un medio adecuado de resolución de controversias. En el art. 8 de la Ley, se establece que las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de negociación en el marco de un medio adecuado de solución de controversias, se lleven a cabo por medios telemáticos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a las normas previstas en este título y, en su caso, a la normativa de desarrollo específicamente contemplada para la mediación (art. 8.1) y que cuando el objeto de controversia sea una reclamación de cantidad que no exceda de seiscientos euros se desarrollará preferentemente por medios telemáticos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.[28]

Como ya dijimos anteriormente, en relación con el proceso penal, resulta aconsejable aplicar a los actos previos al proceso, sobre todo cuando tienen el

27. Consultado en https://www.artificiallawyer.com/2019/03/19/online-dispute-resolution-faces-major-challenges-survey/

28. Téngase en cuenta la experiencia de Estados Unidos, a la que hemos hecho mención.

carácter de preceptivos, las previsiones legales sobre las posibles adaptaciones y ajustes. No todos, evidentemente, serán necesarios. No obstante, entendemos que sería aconsejable que el lenguaje utilizado fuese claro y sencillo, adecuado a las circunstancias de la edad[29]; que, si es necesario realizar alguna reunión presencial se tomen medidas que faciliten el acceso físico al lugar donde se vaya a desarrollar o que se altere a petición de la persona mayor; que el horario de las posibles reuniones sea establecido en función de las preferencias y necesidades del mayor y que pueda estar acompañada de una persona de su confianza que, evidentemente, queda sujeta al deber de confidencialidad de lo tratado.

Bibliografía

CASTILLO RIGABERT, F, «Oficinas de justicia en los municipios vs juzgados de paz», en «La eficiencia de la justicia a debate» AA VV, Valencia, 2024,

CASTILLO RIGABERT, F, «La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios» (en AA.VV., Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los Proyectos de Eficiencia del Servicio Público de Justicia), Madrid, 2023.

DEL PINO-ARTACHO, J. A., y CAMARERO-RIOJA, L, «Transporte escolar rural: Límites y oportunidades para el arraigo poblacional. Cuadernos de Pesquisa, 54, Artículo e10704. https://doi.org/10.1590/1980531410704, 2024.

DÍAZ-TENDERO BOLLAIN, A y FLORES GIMÉNEZ, F, «El edadismo hacia las personas mayores en las sentencias del Tribunal Constitucional», consultado en https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2023/11/Analisis-de-jurisprudencia.pdf

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ Fuentes, J.M., «Tutela judicial efectiva y en condiciones de igualdad para las personas mayores», El Derecho, Tribuna, publicado el 20-03-2024.

FONT DE MORA, Jaime, «El impacto de la edad en el proceso civil: nuevas medidas de los artículos 7 bis y 183.3 bis de la LEC para las personas mayores» (RDL 6/23). Acceso en blog.sepin.es/impacto-edad-en-el-proceso-civil-rdl-6/23

LECIÑENA IBARRA, A, «El compromiso europeo en el cuidado de las personas mayores accesible en https://noticias.juridicas.com/actualidad/el-sector-legal/19183-el-compromiso-europeo-en-el-cuidado-de-las-personas-mayores-/

MAZZINI PAREJO, B, «La traducción y la interpretación de lengua extranjera como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva», tesis doctoral, inédita, Sevilla, 2025

PÉREZ CÁZARES, M.E., «El acceso a la justicia de las personas adultas mayores. El Nuevo Derecho Procesal Geriátrico», 2019, https://doi.org/10.25965/trahs.1409

29. Requisito especialmente importante por lo que respecta a la redacción de los términos de un posible acuerdo entre las partes.

El acceso a la justicia de las personas mayores en el proceso civil[1]

Salvador Tomás Tomás
Profesor Permanente Laboral (acred. Titular) de Derecho Procesal
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. LAS PERSONAS MAYORES ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DEL SIGLO XXI EN ESPAÑA. 1. El plan Justicia 2030 y las acciones previstas respecto al colectivo. 2. El inaplazable tratamiento del problema. II. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS MAYORES. 1. La ampliación del concepto «acceso a la justicia». 2. La equiparación de las personas mayores a las personas con discapacidad y la aplicación de la CIDPD. 3. La accesibilidad y los ajustes de procedimiento en la CIPDP. III. EL CONTENIDO DE LOS ART. 7 BIS Y 183.3 BIS LEC Y LOS PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN RESPECTO A LAS PERSONAS MAYORES. 1. LOS ARTS. 7 BIS Y 183.3 BIS LEC. 2. El régimen jurídico del art. 7 bis LEC. 2.1. La necesidad de la reforma y su confuso régimen jurídico. 2.2. El ámbito de aplicación del art. 7 bis LEC. 2.2.1. La participación en el proceso. 2.2.2. La edad. 2.3. La legitimación. 2.4. La solicitud y el alcance de los ajustes. 2.4.1. La solicitud de ajustes y la acreditación de la edad. 2.4.2. El alcance de los ajustes. 2.5. Tipos de ajustes. 2.6. Órgano competente y procedimiento. 2.6.1. Órgano competente. 2.6.2. Procedimiento. 2.7. La tramitación preferente. 3. El art. 183.3 bis LEC. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. Las personas mayores ante la Administración de Justicia del siglo XXI en España

1. El plan Justicia 2030 y las acciones previstas respecto al colectivo

El acceso a la justicia de las personas mayores constituye un problema en ciernes que ha despertado, en los últimos años, la atención de los poderes públicos. En España este interés se ha manifestado a través del ambicioso plan Justicia 2030[2].

1. El presente trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos: «Socialización del cuidado de las personas mayores: un reto tras la Ley 8/2021» (PID2022-136264OB-I00) y «El proceso desigual: razón, diagnóstico y propuestas de intervención» (PID2022-139585OB-I00), ambos financiados por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España y la Unión Europea. El primero tiene, además, la siguiente referencia AEI/10.13039/501100011033/FEDER/UE).

2. Web Justicia 2030 del Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes: https://www.justicia2030.es/ (última consulta el 25 de mayo de 2025).

El referido plan, que persigue una revolución sin precedentes en el diseño organizativo y procesal de nuestra Administración de Justicia, descansa sobre tres objetivos: «Acceso a derechos y libertades», «Eficiencia del Servicio Público de Justicia»[3] y «Contribuir a la sostenibilidad y cohesión».

La accesibilidad a la justicia y su concreta adaptación a los grupos más vulnerables se erige en un pilar del primer objetivo, con tratamiento específico del envejecimiento. Así se recoge dentro programa «Accesibilidad a la Justicia»:

> «El núcleo (…) es generar condiciones estructurales de acceso al Servicio Público de Justicia que alcancen a toda la ciudadanía. Se hará en dos direcciones: profundizando el derecho al acceso y asegurando que ninguna persona queda excluida por una cuestión económica, de edad, o de género; y acercando socioculturalmente el Servicio mediante el lenguaje y la formación transversal en las etapas de educación obligatoria».

Asimismo, el programa «Nuevas realidades sociales» contiene el proyecto «Accesibilidad de grupos vulnerables» en el que se dispone:

> «Casi el 20% de la población española tiene más de 65 años. De ella hay una parte importante que se puede considerar analógica. La digitalización profunda y rápida que se va a producir en la Administración de Justicia puede generar un proceso de exclusión de las personas culturalmente analógicas. Es necesario que se creen instrumentos estructurales para superar esa brecha digital. Por otro lado, la Justicia ha sido un espacio con poca accesibilidad para las personas mayores que tienden a acudir a ella, aunque lo necesiten. En el mismo sentido hay que poner en marcha mediaciones institucionales y procedimientos adaptados que faciliten su uso. La Oficina de Justicia en los municipios es un instrumento que va a incorporar parte de las acciones de este proyecto y una puerta de accesibilidad sencilla y permanente para las personas mayores».

A la vista de lo expuesto, el plan Justicia 2030 refiere las siguientes líneas a desarrollar: 1) Adaptar el lenguaje jurídico a lectura fácil, braille y lengua de signos; 2) Adaptar las sedes judiciales para asegurar la accesibilidad; 3) Impartir formación específica a abogados, procuradores, peritos o graduados sociales para facilitar el acceso a la justicia teniendo en cuenta las barreras que puedan surgir como consecuencia de distintos tipos de discapacidad; 4) Emplear la tecnología para facilitar el acceso tanto a profesionales como a usuarios con diversidad funcional; 5) Profundizar en la función de los facilitadores.

---

3. Una acertada crítica al empleo de esta formulación puede localizarse en PÉREZ ESTRADA, M. J., «Justicia 2030: el servicio público de Justicia», *El proceso como garantía* (Dirs. ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO), Atelier, 2023, pp. 237 y ss.

Las previsiones descritas son bienvenidas. Por primera vez en España, el colectivo de personas mayores es objeto de atención individualizada en el desarrollo de las políticas orientadas a corregir las situaciones de desigualdad en el acceso a la justicia[4].

2. El inaplazable tratamiento del problema

La necesidad de observación y actuación en este ámbito es ineludible por dos razones:

En primer lugar, porque, como acierta a atisbar el ejecutivo, la modernización de la justicia que se está implementando entraña un notable peligro: dejar atrás a los más vulnerables. Sin previsiones específicas de apoyo, la digitalización impide el acceso a la justicia a determinados grupos humanos, destacadamente —aunque no solo— a las personas mayores y a las personas con discapacidad.

En segundo término, el progresivo envejecimiento de la población, resultado del aumento de la esperanza de vida y la reducción de la natalidad, ensanchará porcentualmente el colectivo de personas de edad avanzada[5]. Y aunque es cierto que los jóvenes de hoy, nativos digitales, engrosarán el grupo de personas mayores del futuro, es una realidad que, a medida que se envejece, au-

---

4. Nótese que el colectivo de personas mayores no aparecía en la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia de 2002, ni ha sido valorada en el *EU Justice Scoreboard* hasta 2023 (https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en; última consulta el 25 de junio de 2025). Al respecto, vid. Catalá Chamorro, M.J., *La justicia digital en España. Retos y desafíos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 21 y ss.

5. Como señala el informe «Demography of Europe» de 2024 elaborado por Eurostat: «Over the period 1 January 2003 to 1 January 2023, the share of persons aged 80 and over grew in all EU countries, at EU level by 2.3 percentage points (pp), from 3.7% to 6.0%. (…) Over the same period, also the share of persons aged 65 and over increased in all EU countries. At EU level, the increase was 5.1 pp, from 16.2% to 21.3%.». Al tiempo que el porcentaje de población más joven decrece: «Over the period 1 January 2003 to 1 January 2023, the share of children and young adolescents (those aged below 15) decreased at EU level 1.5 pp, from 16.4% to 14.9% (…) Over the same period, the share of young people (aged 0 to 19 years old) decreased in all EU countries. At EU level, the decrease was 2.5 pp, from 22.6% to 20.1%». El informe está disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/demography-2024 (última consulta el 27 de junio de 2025). Ante esta tendencia, como señala el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre los efectos del cambio demográfico de 17 de junio de 2020 [COM(2020) 241 final], p. 11: se estima que en 2070 el 30% de los europeos tendrá 65 años o más, frente al 20% actual, y las personas de 80 años o más se duplicará llegando hasta el 13%. El documento está disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0241 (última consulta el 27 de junio de 2025).
De interés, asimismo, el Informe «Envejecimiento del viejo continente: posibilidades y desafíos relacionados con la política de envejecimiento después de 2020» elaborado por el Parlamento Europeo (2020/2008(INI)), disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0194_ES.html (última consulta el 27 de junio de 2025).

menta la probabilidad de padecer algún tipo de discapacidad[6], con los obstáculos que ello lleva consigo desde el punto de vista del acceso a la justicia.

Ante los riesgos asociados a esta transformación es forzoso analizar si las reformas acometidas para compensar las eventuales desigualdades respecto a las personas mayores son suficientes en orden a garantizar su derecho de acceso a la justicia. En esta contribución nos ceñiremos a realizar un análisis crítico de los vigentes arts. 7 bis y 183.3 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), dejando a un lado el tratamiento de otras cuestiones, como la digitalización y la adaptación de las oficinas municipales de justicia, por limitaciones de espacio. Con carácter previo, ahondaremos en la transformación que ha sufrido el concepto de acceso a la justicia y la eventual aplicación de la Convención de Nueva York a las personas mayores.

II. El derecho de acceso a la justicia de las personas mayores

1. La ampliación del concepto «acceso a la justicia»

La necesidad de garantizar la igualdad en el sistema de justicia respecto a las personas vulnerables, especialmente mayores y con discapacidad, ha llevado a ampliar la noción tradicional de acceso a la justicia.

Desde este último punto de vista, en doctrina consolidada, nuestro Tribunal Constitucional ha venido entendiendo que el derecho de acceso constituye:

> «el primer contenido en un orden lógico y cronológico del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el art. 24.1 CE (…), que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas»[7].

De esta suerte, el acceso a los tribunales es un derecho que:

> «no solo puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstá-

6. El Consejo de Europa señala que el 52,2% de las personas con 65 años o más padecen algún tipo de discapacidad. Información contenida en: https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/disability-eu-facts-figures/ (última consulta el 27 de junio de 2025).

7. STC (Sala Segunda) 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5º. Asimismo, entre otras, la STC 58/2016, de 17 de marzo, FJ 7º: «El derecho fundamental garantizado por el art. 24.1 CE comporta que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los justiciables sea dispensada por los Jueces y Tribunales, a quienes está constitucionalmente reservada en exclusividad el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE)».

culos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución, sino también por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas normas preservan y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable»[8].

Este derecho de acceso a los tribunales se encuentra recogido, asimismo, en los arts. 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[9].

Sin embargo, la aprobación de ciertas normas internacionales y europeas han impuesto una concepción más amplia del derecho de acceso a la justicia:

De un lado, en aplicación de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, tal derecho ha de extenderse al empleo de métodos alternativos de solución de conflictos[10].

De otro lado, el art. 13 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CIDPD), proyección procesal de su art. 12, ha transformado de manera destacada el contenido de la expresión. En efecto, en la actualidad, consecuencia de la concepción de discapacidad que impone la CIDPD, podemos entender que la locución «acceso a la justicia» constituye el derecho de cualquier ciudadano, parte o tercero en un proceso jurisdiccional, a relacionarse con la Administración de Justicia en plenas condiciones de igualdad, con supresión de cualquier obstáculo existente.

El cambio de enfoque impuesto por la Convención respecto a las personas con discapacidad y su plena inclusión en la sociedad[11] ha permitido ensanchar el

---

8. STC (Sala Segunda) 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5º . Nótese la importancia del principio *pro actione* que opera con especial intensidad en relación al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, entre otras, vid. STC (Sala Primera) 60/2007, de 22 de mayo, FJ 3º a 5º.

9. Asimismo, a nivel internacional, pueden ser citados los arts. 2.3 y 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas y los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

10. Considerandos 2, 3 y 5. Este último señala: «El objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios».

11. Respecto a este tratamiento en el denominado modelo social de discapacidad, por todos, Palios, A. y Bariffi, F., *La discapacidad como cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007, *passim*. Asimismo, Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI. Ediciones Cinca, Madrid, 2008, disponible en https://pronadis.mides.gub.uy/innovaportal/file/32232/1/el-modelo-social-de-discapacidad.pdf; y Victoria Maldonado, J.A., «El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos», *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, nº 12, 2013, versión

alcance de la expresión, con desarrollo legal de un modelo de administrar justicia que atienda a las circunstancias psíquicas y físicas de las personas que interactúan con ella. La idea es simple por obvia: el acceso a la justicia no puede ser efectivo si, ante la concurrencia de obstáculos o limitaciones de la persona con el entorno, no se prevén mecanismos correctores que impongan su remoción para garantizar la participación en condiciones de igualdad.

El cambio de óptica, expresión del denominado «modelo social de discapacidad», pone el foco en las barreras y limitaciones que instaura el ámbito en el que opera la persona con discapacidad, con mandato expreso a los poderes públicos para la implantación de políticas públicas que faciliten su supresión. En este sentido, el derecho de acceso a la justicia presenta una dimensión social que no puede ser sorteada en aras a garantizar un tratamiento igualitario de todo ciudadano, al margen de la condición subjetiva con la que actúe en el proceso; una perspectiva que debe ser especialmente cuidada respecto a personas vulnerables para evitar que los obstáculos del entorno limiten o, incluso, impidan tal acceso[12].

Se podría pensar, con carácter general, que una lectura conjunta de los arts. 14 y 24 CE, a la luz de algunos preceptos supranacionales, ya imponía una exégesis favorable a esta idea. Desde luego, este planteamiento resulta bien justificado si el ciudadano actúa en calidad de parte en el proceso jurisdiccional: de un lado, porque el art. 24.1 CE instaura la prohibición de padecer indefensión y el art. 24.2 CE promulga el derecho a la defensa, a la asistencia letrada y a un proceso con todas las garantías; de otro, en tanto las normas supranacionales aplicables prevén una garantía de tutela jurisdiccional «equitativa» (art. 6 CEDH) y «en condiciones de plena igualdad» (art. 10 Declaración Universal de

---

digital, disponible en https://doi.org/10.5944/rduned.12.2013.11716 (última consulta, de ambos trabajos, el 27 de junio de 2025).

12. Haciéndose eco de esta concepción amplia del derecho de acceso a la justicia, refiere De Lucchi López-Tapia, Y., «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Práctica de Tribunales*, nº 151, 2021, versión digital, pp. 4 y 5: «el derecho de acceso a la justica se configura, no solo como el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada, sino como el derecho a situarse en un plano de igualdad real con todas las personas en cualquier tipo de procedimiento que tenga por objeto impartir justicia, de manera que su contenido se amplía, tanto objetiva como subjetivamente, ya que engloba tanto la garantía de participación en la Administración de Justicia a todos los niveles, como la garantía de remoción de cualquier obstáculo que coloque en situación de inferioridad o discriminación a la persona vulnerable». Sobre la cuestión, de la misma autora, vid. «El servicio de facilitación judicial como pieza clave para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, nº 9, septiembre 2022, versión digital, pp. 1 a 4, y «La humanización de la justicia con relación a las personas con discapacidad: el derecho fundamental de acceso a la misma en condiciones de igualdad», *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico 2, 2023, pp. 159 y ss.

Derechos Humanos), con expresa prohibición de discriminación por razón de la edad (arts. 21.1 CDFUE y 19.1 Tratado Funcionamiento de la Unión Europea)[13].

Como es lógico, al abrigo de este concepto amplio de acceso a la justicia, la condición de parte o tercero de la persona en su relación con la Administración de Justicia, con ocasión del desarrollo de un proceso jurisdiccional, no es irrelevante. La ubicación del precepto constitucional en la que haya que residenciar la lesión específica padecida ante la ausencia de los ajustes procedimentales necesarios, y el alcance de esta para que goce de protección constitucional por la vía de amparo, exigiría de un concienzudo estudio de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional que no podemos abordar en estas páginas[14].

Lo que sí debemos resaltar es que ha sido logro indiscutible de la CIDPD el haber operado como vector de cambio en esta materia agrandando el concepto y generalizando su aplicación a otros colectivos vulnerables, especialmente las personas mayores, que se ven amparadas y favorecidas por esta nueva y razonable lógica. Asimismo, conforme a este planteamiento, resulta de interés destacar el impacto internacional que han tenido las Reglas de Basilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad de 2008, elaboradas en Brasilia en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, y la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada en 2015 por los miembros de la Organización de los Estados Americanos.

2. La equiparación de las personas mayores a las personas con discapacidad y la aplicación de la CIDPD

En nuestro continente, como ha señalado el Comité Económico y Social Europeo no existe, por el momento, una política integral sobre el envejecimiento o

13. Si bien en el ámbito de las relaciones laborales, el TJUE ha declarado que el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario. En sentido, vid. SSTJUE (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2005, Asunto C-144/04 (Mangold contra Helm), apartados 75 y ss., y de 19 de enero de 2010, Asunto C-555/07 (Kücükdeveci contra Swedex GmbH), apartados 21 y ss. Al respecto, vid. Requena Casanova, M., «La discriminación por razón de la edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 31, 2013, versión digital, pp. 1 y ss.

14. Resultan de interés en la materia las SSTC (Sala Primera) 7/2011, de 14 de febrero y 77/2014, de 22 de mayo. En otros ámbitos, declarando contrarias al derecho a la igualdad las actuaciones de las administraciones que no adoptan las medidas necesarias para evitar la discriminación por razón de discapacidad y, en su caso, edad, vid. STC (Sala Segunda) 3/2018, de 22 de enero y STC (Sala Primera) 51/2021, de 15 de marzo. Otros pronunciamientos, especialmente en relación a la discriminación en el ámbito laboral, pueden localizarse en Díaz-Tendero Bollaín, A./Flores Giménez, F., «El edadismo hacia las personas mayores en las sentencias del Tribunal Constitucional», *Observatorio del Edadismo*, noviembre 2023, pp. 1 a 28, disponible en https://www.fundacionsidom.org//assets/documentos/investigaciones/7f69b-jurisprudencia_edadismo.pdf (última consulta el 28 de junio de 2025).

las personas mayores[15]. Este colectivo, a diferencia de otros grupos vulnerables, como niños y personas con discapacidad, carece de una Convención de las Naciones Unidas que impulse y consolide a nivel internacional el disfrute de derechos humanos en la edad avanzada y facilite la lucha contra el edadismo, erradicando cualquier estigmatización social de la vejez[16].

Sin embargo, la relación entre envejecimiento y discapacidad nos debe llevar a plantearnos la potencial aplicación de la CIDPD a las personas mayores. Desde la perspectiva descrita, en muchos aspectos, ambos colectivos pueden ser equiparados.

En efecto, a pesar de que la CIDPD contenga escasas referencias a las personas mayores (arts. 25 y 28) o a la edad (arts. 8, 13 y 16), son varias las razones que justifican que el tratamiento que la CIDPD brinda a las personas con discapacidad se extienda a aquel grupo:

En primer lugar, la evidencia estadística de que edad y discapacidad son magnitudes directamente proporcionales hace inevitable trazar paralelismos entre ambos grupos de población[17].

En segundo término, la realidad a que deben hacer frente uno y otro colectivo los coloca en una situación asimilable. Ambos padecen, ante barreras u obstáculos del entorno, las mismas dificultades para ejercitar los derechos de que son titulares en plenas condiciones de igualdad.

En tercer lugar, la tendencia que se viene imponiendo a observar el envejecimiento desde una perspectiva social, atendiendo a las necesidades concretas

---

15. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Estrategia europea para las personas mayores» de 12 de julio de 2023; disponible en: https://mayoresudp.org/wp-content/uploads/2023/09/estrategia_europea_ppmm_20230830.pdf (última consulta el 28 de junio de 2025).

16. Conviene tener presente que esta situación puede corregirse en un «corto» periodo de tiempo dado que el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas ha aprobado, en su 58º periodo de sesiones celebrado en Ginebra, 24 de febrero a 4 de abril de 2025, una resolución (https://digitallibrary.un.org/record/4079431?v=pdf) para iniciar la redacción de una Convención Internacional de Derechos de las Personas Mayores. A través de esta iniciativa se crea un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta para la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante sobre la promoción y protección de los derechos humanos de las personas de edad.

17. Basta observar la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre el fomento de una acción europea común en materia de cuidados (2021/2253(INI)), que pone a ambos colectivos en el núcleo de su desarrollo: «los cuidados deben reconocerse como un derecho que garantiza el ejercicio igualitario de los derechos, la dignidad, la autonomía, la inclusión y el bienestar de todas las personas necesitadas de cuidados»; disponible en: https://sirdoc.ccyl.es/Biblioteca/Dosieres/DL199Residencias/pdfs/UE-Resoluci%C3%B3n-2022-Cuidados.pdf (última consulta el 28 de junio de 2025).

de la persona[18]. La estrategia europea de cuidados, orientada a las personas vulnerables y presentada por la Comisión Europea el 7 de septiembre de 2022, se alinea con esta idea: la exigencia de empoderar a las personas de edad avanzada, con políticas que favorezcan su autonomía e independencia y garanticen su dignidad[19].

Ello no debiera extrañar, pues la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea ya promocionaba este enfoque respecto a las personas mayores al reconocerles, en su art. 25, el derecho «a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural», con prohibición de sufrir cualquier tipo de discriminación por razón de la edad en aplicación del art. 20.1[20].

Ahora bien, es el concepto amplio de discapacidad que se maneja en la CIDPD el que ofrece soporte para extender su eficacia a las personas mayores[21].

La CIDPD no resulta exclusivamente de aplicación a las personas de edad avanzada con circunstancias discapacitantes en el sentido médico del término. El vasto ámbito de aplicación objetivo de la aludida norma internacional, permite englobar a un elevado porcentaje de personas mayores que, por diversidades funcionales de distinta naturaleza, presenten cualquier limitación en su relación con el entorno.

---

18. Barranco Avilés, M. C./ Bariffi, F. J., «La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su potencial aplicación a las personas mayores», *Informes Portal Mayores*, nº 105, 2010, p. 3, disponible en http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/barranco-convencion-01.pdf (última consulta el 28 de junio de 2025).

19. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2022) 440 final; disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=COM:2022:440:FIN (última consulta el 28 de junio de 2025): «los cuidados de larga duración de buena calidad y asequibles empoderan a las personas de edad avanzada, al ayudarlas a mantener su autonomía y a vivir con dignidad. Esto reviste una especial importancia en un contexto de cambio demográfico, en el que los ciudadanos europeos viven más tiempo y con mejor salud, y la demanda de cuidados aumenta de manera exponencial. Las políticas de envejecimiento activo, así como la intervención temprana, la promoción de la salud y la prevención de enfermedades, pueden seguir apoyando vidas activas, saludables e independientes más largas, y retrasar la aparición de las necesidades asistenciales».

20. En esta dirección, con carácter general, ahonda la estrategia para reforzar la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales en la UE, presentada por la Comisión el 2 de diciembre de 2020. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2020) 771 final; disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0711 (última consulta el 28 de junio de 2025). En relación al tema que nos ocupa: «la protección de los derechos fundamentales no puede darse por sentada. (…) la transformación digital brinda(n) nuevas oportunidades para hacer que los derechos fundamentales sean más efectivos, pero también suponen desafíos. Por ejemplo, si bien la transformación digital es un motor esencial de progreso que permite la mejora de la eficiencia y nuevas formas de tratar la información, también puede (…) reforzar la vulnerabilidad de determinados grupos. Velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales es una condición previa para cumplir el compromiso de la UE de no dejar a nadie atrás».

21. De indudable interés, Barranco Avilés, M. C./ Bariffi, F. J., «La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su potencial aplicación a las personas mayores», cit., pp. 8 y 9.

De este modo, señala en su artículo 1-II:

> «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

En el mismo sentido, el apartado e) de su Preámbulo establece:

> «Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

Partiendo de este enfoque podemos afirmar que, en tanto la vejez es una circunstancia que merma las facultades del individuo para una participación social, plena y efectiva, bajo parámetros de igualdad, las personas de edad avanzada con alguna limitación funcional quedan comprendidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la CIDPD[22].

En consecuencia, la Convención es aplicable a los individuos a los que se dirige el art. 7 bis LEC en tanto precisan de ajustes en el procedimiento para alcanzar la ansiada paridad.

3. La accesibilidad y los ajustes de procedimiento en la CIPDP

La CIDPD impone a los Estados parte la obligación de garantizar la «accesibilidad» de las personas con discapacidad con el fin de que puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de su vida [letra v) Preámbulo y art. 9]. Para ello:

> «adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso (…)»[23].

---

22. Ibídem, p. 9.

23. Sigue refiriendo el precepto: «se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo; b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia». Asimismo, vid. apartado 2 donde se establecen ámbitos concretos a que debe dirigirse la adopción de las medidas.

Asimismo, esta previsión ha de ponerse en relación con el principio de igualdad y no discriminación que patrocina el art. 5 CIDPD y que compele a los Estados parte a asegurar la adopción de ajustes razonables (apartado 3), en los ámbitos a los que no alcance el «diseño universal»[24], so pena de entender discriminatoria su denegación (art. 2-IV *in fine*)[25].

En este sentido, según el art. 2-III CIDPD, por «ajustes razonables» debemos entender:

> «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales»[26].

En el ámbito de acceso a la justicia, esta filosofía halla manifestación específica en el art. 13.1 CIDPD, que refiere:

> «Los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares».

El vocablo «ajustes», localizado en los arts. 5.3 y 13.1 CIDPD, goza empero de una distinta significación en el ámbito de la justicia[27]. Como ha señalado el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 2016, sobre igualdad y no discrimi-

---

24. Según la CIDPD se ha de entender por «diseño universal»: «el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El "diseño universal" no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten».

25. De este modo se infiere de la definición de «discriminación por motivos de discapacidad» que ofrece la CIDPD, pues así «se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables».

26. Respecto a tales ajustes, de interés, el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 2016, sobre igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pp. 8 y ss, disponible en: https://www.refworld.org/es/ref/infortem/cdhonu/2016/es/115601 (última consulta el 28 de junio de 2025).

27. Sobre la cuestión, haciéndose eco del debate existente durante su redacción, vid. Cuadrado Salinas, C., «Personas vulnerables y ajustes del procedimiento. Luces y sombras de su regulación actual», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 62, 2024, versión digital, pp. 12 y ss.

nación de acuerdo con el artículo 5 de la CIDPD, los ajustes razonables no deben confundirse con los ajustes de procedimiento (párrafo 35):

> «Durante las negociaciones sobre la Convención, el término "razonable" se dejó de lado intencionalmente al formular el artículo 13. Este artículo se refiere a los "ajustes de procedimiento", que no están limitados por el concepto de "carga desproporcionada o indebida". Esta diferenciación es fundamental, puesto que el derecho de acceso a la justicia funciona como garantía para el disfrute y el ejercicio efectivos de todos los derechos. Por lo tanto, no proporcionar ajustes de procedimiento sería una forma de discriminación por motivos de discapacidad en relación con el derecho de acceso a la justicia».

III. El contenido de los art. 7 bis y 183.3 bis LEC y los problemas en su aplicación respecto a las personas mayores

1. Los arts. 7 bis y 183.3 bis LEC

La adaptación de la regulación procesal a la nueva concepción sobre la situación de las personas con discapacidad de la CIDPD se produjo a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, con modificaciones de distinta índole en la LEC y en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. El art. 7 bis LEC, con rúbrica «Ajustes para personas con discapacidad», aparece por vez primera como consecuencia de esta adecuación procesal.

La inclusión de las personas mayores en el art. 7 bis y 183.3 bis LEC ha sido posterior, con ocasión de la reforma operada por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre (arts. 103.1 y 103.34, respectivamente). Así justificó la Exposición de Motivos (VI) su adición:

> «En cuanto a la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, destaca la introducción de una serie de modificaciones legislativas en las que se ha tenido especialmente en cuenta la situación y necesidades de las personas mayores, para eliminar las barreras que les impiden participar en los procesos judiciales en igualdad de condiciones, contribuyendo a la creación de un servicio público de Justicia inclusivo y amigable».

Por innecesario, el aludido Real Decreto-ley, a diferencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio, no ha introducido ninguna modificación en el art. 7 LEC. Se presupone que la persona mayor no necesita de apoyos para la realización de actos válidos en el proceso, salvo que se hubiesen constituido estos en los procedimientos de jurisdicción voluntaria o contenciosos previstos al efecto.

El art. 7 bis LEC está, pues, orientado a corregir algo distinto al ejercicio de la capacidad jurídica[28].

En efecto, de la lectura del nuevo art. 7 bis, intitulado «Ajustes para personas con discapacidad y personas mayores», se infiere, de manera muy resumida, que: se han de remover los obstáculos que impidan la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno (apartado 1); todos tienen el derecho a entender y ser entendidos (apartado 2); y la tramitación de los procedimientos «en los que alguna de las partes interesadas sea una persona con una edad de ochenta años o más» tienen carácter preferente (apartado 3). Pese a la rúbrica y en aspectos no desdeñables en los que incidiremos seguidamente, el contenido del precepto difiere parcialmente respecto a las personas mayores y las personas con discapacidad. Adelantamos que las modificaciones incorporadas en el nuevo art. 7 bis LEC resultan desafortunadas, pues brindan al primer colectivo un peor tratamiento al que podía reconocérseles bajo el precedente tenor legal.

Por su parte, el art. 183.3 bis LEC establece que, cuando la persona que ha de intervenir en la vista tenga una edad de ochenta años o más, puede solicitar —y así se debe acordar por el letrado de la Administración de Justicia— que se practique «el señalamiento en las primeras horas de audiencia o bien en las últimas, en función de las necesidades de la persona afectada».

La reforma acometida tiene una especial transcendencia dada su ubicación normativa en la LEC, de aplicación supletoria a los procesos penales, contencioso-administrativos y laborales (art. 4)[29].

---

28. Respecto a la versión original del precepto, en igual sentido, García-Rostán Calvín, G., «Régimen jurídico de la discapacidad en el proceso civil», *El proceso como garantía* (Dirs. Asencio Mellado y Fuentes Soriano), Atelier, 2023, p. 326.

29. Sin embargo, no desconocemos que los primeros avances en materia de ajustes procedimentales se acometieron en el proceso penal bajo el auspicio europeo e internacional. De un lado, con la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que constituía la transposición de la 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. Al respecto, entre otros, véanse las adiciones y modificaciones introducidas en los arts. 118, 124, 127 y 520 LECrim, y 4 y 9 Estatuto de la víctima del delito. De otro, con la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, debiéndoseles proporcionar «los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables, para que puedan desempeñar con normalidad este cometido» (art. 8.5).

2. El régimen jurídico del art. 7 bis LEC

El art. 7 bis LEC introducido originalmente con la Ley 8/2021, de 2 de junio, aunque necesario, ya presentaba aspectos mejorables. Las previsiones legales adicionadas respecto a las personas mayores ahondan en la insuficiencia del precepto, con destacados inconvenientes para su adecuada aplicación.

2.1. La necesidad de la reforma y su confuso régimen jurídico

Con carácter general, el nuevo art. 7 bis LEC debe ser censurado por dos razones:

En primer lugar, por la ausencia de idoneidad y necesidad de la reforma en los términos en que se ha materializado. Sin duda, la modificación legal visibiliza al colectivo de personas mayores y esto era necesario. Ahora bien, a tal propósito, bastaba incluir a las personas mayores en el precepto con extensión del régimen aplicable a las personas con discapacidad.

No siendo así las cosas, se ha introducido una previsión estética que desde el punto vista material, no arroja ningún avance. Es más, a nuestro juicio, se produce un retroceso pues, de un lado, como ya se ha defendido, en aplicación del modelo social de discapacidad de la CIDPD, las personas de edad avanzada se hallaban amparadas bajo la anterior dicción del art. 7 bis LEC con posibilidad de adopción de ajustes en el procedimiento; y, de otro, se incorporan algunas adiciones en relación exclusiva a las personas mayores que añaden confusión al régimen jurídico aplicable.

En segundo término, la norma tiene un contenido amplísimo y somos conscientes de que ha de garantizar la flexibilidad para su adaptación al caso concreto[30]. Adolece, empero, de omisiones injustificables que dificultan su puesta en práctica. Entre otras, no define con claridad su ámbito de aplicación, no establece cómo se han de solicitar los ajustes ni quién es el órgano competente para acordarlos, cuál es el cauce para su determinación, qué hacer ante la eventual necesidad de prueba, a través de qué resolución se han de acordar los ajustes o cuáles son las posibilidades de impugnación. Se trata de un precepto muy deficiente desde el punto de vista técnico, que debe ser integrado aplicando las normas procesales generales.

---

30. En este sentido, respecto al original art. 7 bis LEC, vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Comentario al artículo 7 bis LEC», *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (Dirs. GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 859 y 860.

2.2. El ámbito de aplicación del art. 7 bis LEC

El art. 7 bis LEC contempla en su apartado 1:

> «En los procesos en los que participen (…) personas mayores que lo soliciten o, en todo caso, personas con una edad de ochenta años o más, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.
> A estos efectos, se considerarán personas mayores las personas con una edad de sesenta y cinco años o más».

2.2.1. La participación en el proceso

El art. 7 bis LEC considera a los participantes en el proceso como los destinatarios directos de «las adaptaciones y los ajustes». Su aplicación, en consecuencia, no queda limitada a las partes, y comprende a los terceros que, por cualquier circunstancia, deban intervenir en un proceso jurisdiccional.

Por tal razón, el precepto resulta de aplicación a testigos, peritos o intérpretes[31]. Más discutible, en cambio, es su extensión a abogados y procuradores o a funcionarios públicos —y, en su caso, personal laboral— que se integren en la Administración de Justicia, Poder Judicial o Ministerio Fiscal. Aunque los tipos de ajustes que se pueden acordar —«adaptaciones (…) referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno» (art. 7 bis.1-VI LEC)— permitiría admitir esta posibilidad, una somera lectura del art. 7 bis.2 LEC nos obliga a inferir que el precepto no está pensando en tales sujetos. Al menos, en relación a aquellas cuestiones que afecten al derecho a entender y a ser entendido resulta comprometida su aplicación atendiendo al tenor de las disposiciones que configuran su estatuto jurídico.

En efecto, en las referidas profesiones liberales constituye una circunstancia que incapacita para el ejercicio de la actividad «los impedimentos que, por su naturaleza o intensidad, no permitan el cumplimiento de la misión de defensa y asesoramiento que a los profesionales de la Abogacía se encomienda» [art. 11.1.a) Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española] o «imposibiliten el cumplimiento de las funciones atribuidas a los procuradores» [art. 11.1.a) Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España]. Por su parte, respecto a los referidos funcionarios y personal laboral, la jubilación puede ser forzosa por in-

---

31. Facilita esta intelección el tenor ya reproducido del art. 13.1 CIDPD que, respecto a las personas con discapacidad y en el ámbito del acceso a la justicia, alude a la necesidad de adoptar los ajustes de procedimiento que faciliten el desempeño de las funciones efectivas como «participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos».

capacidad permanente para el servicio (entre otros, vid. arts. 385, 387, 388, 443, 445, 492 y 494 LOPJ).

A la vista de lo expuesto, no siendo de aplicación exclusiva a las partes sino, en general, a cualquier sujeto que intervenga en el proceso en los términos referidos, consideramos que su enclave correcto sería, dentro del Libro I de la LEC, en el Título V —«De las actuaciones judiciales»— y no en el Título I —«De la comparecencia y actuación en juicio»—[32].

2.2.2. La edad

El legislador, en la aplicación del art. 7 bis LEC, ha decidido que el límite mínimo de edad debe estar en los 65 años, configurando un régimen jurídico desigual cuando el individuo alcanza los 80 años.

Sin perjuicio de que la delimitación del colectivo resulte artificial y discutible, somos conscientes de que su configuración conceptual es sumamente compleja[33]. Es un grupo de población que, con carácter general, no está definido ni acotado jurídicamente, ni existe, en consecuencia, una categoría jurídica propia más allá de las figuras de «jubilado» o «pensionista» —que, por lo demás, están vinculadas a la actividad laboral del individuo—, o la más lejana de «persona en situación de dependencia» —que puede aludir a una realidad distinta al envejecimiento[34]—. Sin perjuicio de que la mejora de las condiciones de vida en los Estados desarrollados harán de esta una categoría voluble con el paso de los años, la eventual aprobación de la Convención Internacional de Derechos de las Personas Mayores de la Organización de Naciones Unidas[35] servirá para determinar los contornos de este colectivo a nivel internacional.

A nuestro juicio y en lo que hace al art. 7 bis LEC, más criticable resulta, como veremos seguidamente, la división de las personas mayores por bloques de edad en orden a dispensar un distinto tratamiento al individuo en función

---

32. De la misma opinión, respecto al original art. 7 bis LEC, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Régimen jurídico de la discapacidad en el proceso civil», cit., p. 327.

33. Al respecto, vid. BARRANCO AVILÉS, M. C./ BARIFFI, F. J., «La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su potencial aplicación a las personas mayores», cit., pp. 4 y 5.

34. El art. 2.2 Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, define esta como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal».

35. Vid. nota al pie 16 de este trabajo.

de si integra el grupo de edades comprendidas entre 65 y 79 años o de 80 años en adelante.

2.3. La legitimación

En aplicación del art. 7 bis.1 LEC, la legitimación para solicitar los ajustes es desigual. Para las personas mayores de 65 años que no alcancen los 80, la adaptación se realizará siempre a petición del interesado. Por el contrario, para las personas de 80 años o más, la adecuación puede ser acodada de oficio por el tribunal.

Esta previsión legislativa es deficiente por distintas razones. En primer lugar, porque el precepto reconoce un distinto tipo de legitimación en función de la franja etaria, y, en segundo término, dado que el régimen reconocido a las personas mayores difiere del que se dispensa a las personas con discapacidad. Recuérdese, respecto a estas últimas, que la norma amplía el elenco de legitimados a «cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal» (art. 7 bis.1-III LEC).

Ignoramos los motivos que justifican este dispar criterio. Parece desconocer el legislador, de una parte, que la disfunción puede concurrir al margen de la concreta edad del ciudadano, y, de otra, que el art. 9.2 CE obliga a los poderes públicos a favorecer las condiciones para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Este confuso régimen de legitimación plantea distintos problemas. Por ejemplo, ¿qué sucede cuando la persona se halla en una edad comprendida entre los 65 años y los 80 y el tribunal considera que es necesario acordar ajustes? Y cuando la persona mayor parece presentar una discapacidad no reconocida, ¿qué previsión debe imperar? A nuestro juicio, como analizamos *infra*, en estos supuestos, una exégesis conforme a la CE impone aplicar el régimen más favorable.

Más discutibles son dos cuestiones ya debatidas respecto a las personas con discapacidad en la redacción dada al precepto por la Ley 8/2021, plenamente extensibles a las personas mayores en las hipótesis referidas: primera, si la legitimación activa debe recaer solo en las partes o también en terceros; segunda, si el ajuste de procedimiento se puede realizar de oficio en contra de los deseos y preferencias del individuo.

Generalmente, la doctrina viene defendiendo que, en tanto el art. 7 bis LEC es aplicable a todo individuo, actúe como parte o tercero, la legitimación debiera

estar también conferida a estos últimos[36]. A nuestro modo de ver, resulta más coherente con el principio de dualidad de partes y el rol que corresponde a cada sujeto en el proceso civil que, «en relación con quienes no sean parte, actúe, bien la parte interesada que ha incorporado a esa persona con discapacidad al proceso, bien el Ministerio Fiscal, bien el órgano jurisdiccional, pues, de lo contrario, se estaría atribuyendo a terceros comportamientos procesales que son característicos de parte». Lo que no impide, como es lógico, que la actuación de oficio venga precedida de una comunicación previa de la disfuncionalidad por parte de la persona que la padece[37].

Otra cuestión controvertida es si las ajustes de procedimiento se pueden imponer de oficio. En relación a los ciudadanos de 80 años o más, al igual que ocurre con las personas con discapacidad, la respuesta es afirmativa, pues el tenor del art. 7 bis LEC no admite vacilaciones interpretativas. Lo cual, *a priori*, es chocante con la filosofía que impone la CIDPD —y la Ley 8/2021, de 2 de junio, de adaptación sustantiva y procesal— relativa a la preponderancia de los deseos, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad en la toma de decisiones, y que, por razones obvias, puede regir respecto a las personas mayores.

Ciertamente, siguiendo el criterio inspirador de la CIDPD, no es posible la imposición: quedaría a voluntad de la parte afectada la petición de ajustes y su alcance[38]. En consecuencia, el tribunal no podría dar ni más ni algo distinto de lo pedido; aunque sí menos, cuando así lo considerara justificado[39].

---

36. En este sentido, Castillo Martínez, C., «Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (Dir. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, 2022, p. 661, y De Lucchi López-Tapia, Y., «Comentario al artículo 7 bis LEC», cit., pp. 860 y 861.

37. En este sentido, con autoría del pasaje reproducido, García-Rostán Calvín, G., «Régimen jurídico de la discapacidad en el proceso civil», cit., p. 327. Si bien en relación a los ajustes razonables, refiere Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 2016, sobre igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, p. 12, enlace disponible *supra*: «44. Una persona con discapacidad, si nadie se lo ha propuesto, debe solicitar un ajuste razonable oralmente o por escrito, sin más formalidades, a la entidad responsable de introducirlo. La entidad responsable debe estar claramente identificada en las leyes, las normas o las políticas internas para que esta tarea no recaiga sobre la persona interesada».

38. Hasta sus últimos extremos, este mismo criterio, en teoría, debiera ser aplicable a las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Según García-Rostán Calvín, G., «Régimen jurídico de la discapacidad en el proceso civil», cit., pp. 325 y 326, lo coherente con el nuevo enfoque sería que exclusivamente se exigiera la actuación a través de representante cuando se hubiera acordado una medida judicial de apoyo representativo en juicio.

39. Según el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 2016, sobre igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, p. 11, enlace disponible *supra*: «Como en los casos de no discriminación se invierte la carga de la prueba, la entidad responsable de realizar los ajustes debe fundar su denegación en un análisis objetivo para no incurrir en discriminación».

Esta lógica, sin embargo, puede resultar contraria a la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional relativa al deber de los órganos jurisdiccionales de velar por el derecho de defensa de las partes.

En el ámbito de un proceso penal, el referido Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre si la celebración de un juicio oral en ausencia de un sujeto, respecto al que existían indicios suficientes de discapacidad psíquica que podían influir en la comprensión de las consecuencias legales derivadas de su incomparecencia, es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE).

En concreto, la STC (Sala Primera) 77/2014, de 22 de mayo, sostiene:

> «El deber de realizar diligencias complementarias de las estrictamente legales para despejar cualquier duda en relación con la participación de las personas con discapacidad mental en el proceso penal tiene sustento, en nuestro Derecho, en el mandato del artículo 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos sea efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y se ampara en el especial deber de protección y apoyo de que gozan las personas con discapacidad. Así:
>
> (a) El artículo 49 CE establece que los poderes públicos deben amparar a los disminuidos psíquicos (sic) para el disfrute de los derechos que el título I otorga a todos los ciudadanos, entre los que se encuentran los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).
>
> (b) La STC 10/2014, de 27 de enero, FJ 4, en relación con la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a las personas con discapacidad, declara que, desde la perspectiva del artículo 10.2 CE, cobra una especial relevancia la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que parte como principio de «la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso» [preámbulo, letra j)]. (…)
>
> El deber positivo impuesto por el artículo 24.1 CE de velar por evitar la indefensión que pudiera derivarse para el recurrente de celebrar un juicio oral sin su presencia exigía que el órgano judicial desarrollara las diligencias complementarias que considerara adecuadas. Estas diligencias deberían haber estado orientadas (i) a verificar que esa cierta discapacidad no era un obstáculo para que el acusado comprendiera la relevancia de la citación a juicio y de la advertencia de que podría ser juzgado en su ausencia o (ii) a asegurar su presencia en el juicio oral, especialmente tomando en consideración que había sostenido durante la instrucción haber cometido el hecho bajo la amenaza de un tercero y que la discapacidad mental que le afectaba podría tener una eventual influencia sobre su imputabilidad. En

> otros términos, la mera notificación personal al recurrente de la citación a juicio y de la advertencia de que podría celebrarse en su ausencia cumplía formalmente los mandados de la ley, pero no era suficiente para despejar las dudas surgidas en la instrucción acerca de la discapacidad del recurrente y, por tanto, acerca de si la incomparecencia era resultado de una decisión plenamente voluntaria e informada y no necesitada del apoyo a que tienen derecho las personas discapacitadas»[40].

En el ámbito de un proceso civil, la STC (Sala Segunda) 161/2021, de 4 de octubre de 2021, se pronuncia en similar sentido:

> «Ante estos hechos, el tribunal concluye que se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva alegada por el demandante de amparo por las siguientes razones:
>
> (i) El tribunal constata que el demandante de amparo, desde el primer momento en que compareció en la vía judicial en el procedimiento de ejecución, puso de manifiesto la relevancia que en dicho procedimiento y en la ejecución acordada pudiera tener la situación de discapacidad cognitiva que sufría y que intentaba acreditar mediante los correspondientes informes médicos hospitalarios.
> (…) Ciertamente, el demandante dejó pasar la oportunidad de hacer estas alegaciones en el previo juicio verbal de desahucio, del que no se ha controvertido que tuvo un efectivo conocimiento. Ahora bien, ante la existencia de indicios de discapacidad que puedan limitar la capacidad de comprensión de quien se ve inmerso en un procedimiento judicial sobre, por ejemplo, la relevancia de las consecuencias legales de su incomparecencia es menester, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, que los tribunales desarrollen la actividad necesaria para despejar cualquier duda al respecto. Sin embargo, en este caso los órganos judiciales no desarrollaron ninguna actividad probatoria o acreditativa ni respecto de si esa circunstancia de discapacidad concurría ni sobre si había sido relevante o causal en la incomparecencia del demandante en el juicio verbal determinante de la pérdida indefectible de su oportunidad procesal de defensa o en el pago extemporáneo de las rentas debidas como enervante de la acción de desahucio.
>
> (ii) El tribunal constata, por otra parte, que las resoluciones impugnadas argumentan que no constaba que el demandado hubiera sido declarado judicial o administrativamente en situación de incapacidad ni que los padecimientos referidos en la documentación determinaran la necesidad de un complemento de su capacidad.
> La protección que la Constitución dispensa a las personas con discapacidad (…) no puede quedar condicionada por requisitos formales como son el previo reconocimiento o declaración judicial o administrativa de

40. La propia STC reproducida se hace eco de la STEDH de 30 de enero de 2001, caso Vaudelle contra Francia, que resuelve un caso muy similar declarando la violación del art. 6 CEDH.

> una situación de incapacidad, lo que pugnaría, por un lado, con la exigencia constitucional de que la promoción de la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE) y, por otro, con la propia regulación legal de desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad establecida en el art. 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que atiende de manera preferente a un concepto material de discapacidad».

Lo expuesto permite inferir: de una parte, que la indisponibilidad de los derechos fundamentales en juego obliga a la aplicación de oficio de los ajustes, aun en contra del criterio del sujeto afectado, cuando aquellos puedan quedar en entredicho; de otra, que se debe analizar detenidamente el caso concreto, resolviendo la necesidad de los ajustes y calibrando su impacto en orden a garantizar una participación en el proceso respetuosa con los derechos fundamentales en peligro.

2.4. La solicitud y el alcance de los ajustes

2.4.1. La solicitud de ajustes y la acreditación de la edad

La parte interesada en los ajustes de procedimiento será quien, *a priori*, inste su adopción. Generalmente, lo hará en los escritos iniciales del proceso[41], si bien nada impide que pueda solicitarlo más adelante. El art. 7 bis.6 LEC confirma esta idea: «las adaptaciones se realizarán en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario». Esto es, en el proceso declarativo o en el resto de actividad jurisdiccional que exija la intervención de parte o de tercero, bien en sucesivas instancias, consecuencia de la interposición de un recurso, bien en el proceso de ejecución, o incluso al instar la adopción de medidas cautelares. Del tenor legal se presume, además, que las adaptaciones pueden cambiar a lo largo del tiempo en atención a las circunstancias concurrentes.

Las ajustes pueden solicitarse por medio de otrosí, especialmente cuando se insta en demanda o en contestación, o en un escrito posterior *ad hoc*, sin perjuicio de la comunicación que se pueda entablar con el tribunal en orden a su concreción[42].

En principio, la acreditación debe realizarse por medio de cualquier documento oficial que permita dejar constancia de tal pormenor (v.gr., DNI o libro de fami-

---

41. Aun en ausencia de previsión expresa al respecto en los arts. 399 y 405 LEC, el actor y el demandado deberán consignar en la demanda y en la contestación, respectivamente, tal circunstancia.

42. Vid. *infra* nota al pie 55.

lia). Ahora bien, en tanto el ajuste se justifica por la disfuncionalidad, debieran aplicarse los criterios que rigen respecto a las personas con discapacidad[43].

En el caso de terceros (testigos, peritos o intérpretes), la parte que promueve o interesa su intervención en juicio, en principio, debe informar al órgano jurisdiccional de las circunstancias relativas a la edad que justifiquen adaptaciones con carácter previo a la realización del acto procesal en el que intervenga. En el resto de supuestos, como peritos de designación judicial o intérpretes habilitados, el tribunal debiera verificar el dato.

En la práctica se está discutiendo cuándo debe alegarse y cómo debe controlarse la edad del individuo. En concreto, se cuestiona si la falta de alusión a esta circunstancia por las partes debe ser objeto de subsanación de oficio *ex* art. 231 LEC o han de ser los interesados quienes soliciten y acrediten aquella condición.

Especialmente para evitar retrasos en los asuntos con innumerables subsanaciones, se está imponiendo esta segunda solución. En este sentido, la Junta sectorial de jueces de los Juzgados de primera instancia de Valencia, celebrada el 23 de febrero de 2024[44], en relación a los arts. 7 bis y 183.3 bis LEC, acordó:

> «Para efectuar las adaptaciones y ajustes de oficio a las personas con 80 años o más y dar la tramitación preferente al procedimiento, será necesario que dicha circunstancia de edad se advierta al juzgado por los profesionales que les asisten y/o representen».

Al respecto, en orden a facilitar el control de las eventuales disfunciones que presente la persona mayor y cumplir con el deber constitucional que se impone a los órganos jurisdiccionales en los términos expuestos, no sería desdeñable obligar a las partes a consignar su edad o de los terceros que puedan intervenir a su instancia.

2.4.2. El alcance de los ajustes

La finalidad de la norma es la remoción de los obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la justicia de la persona mayor mediante las «adaptaciones y

---

43. Como refiere el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 2016, sobre igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, p. 12: «La realización de ajustes razonables no debe estar supeditada a certificaciones de ningún tipo. En casos excepcionales, cuando la entidad responsable no puede determinar si el ajuste es pertinente, se puede solicitar más información de apoyo a la persona que lo requiere. La evaluación no debe basarse únicamente en información médica, sino más bien en la funcionalidad; es decir, debe centrarse en las necesidades y los obstáculos existentes».

44. https://www.icaalzira.com/descargas/documentacion/unificacion%20criterios%20jueces%20ley%206-23.pdf (última consulta el 28 de junio de 2025).

ajustes»[45] que resulten «necesarios» para garantizar su participación en el proceso en condiciones de igualdad.

El precepto, en la línea de lo dispuesto en la CIDPD, no limita los ajustes en el proceso ni establece condición o excepción alguna que permita su no adopción: al margen de su alcance o carga, han de acordarse cuando resulten indispensables para permitir una intervención procesal con respeto al principio de igualdad. De esta suerte, la Ley no establece una facultad o mera posibilidad sino un imperativo[46], que puede acarrear importantes consecuencias desde el punto de vista de la validez de los actos procesales (arts. 238 y 240 LOPJ y 225 y 227 LEC).

Sin embargo, olvida el legislador que tales adaptaciones pueden repercutir en la parte contraria, incidiendo en garantías procesales básicas vinculadas a un tratamiento par e igualitario[47]. Aunque los ámbitos expresamente indicados en la norma, y que resultan afectados por los ajustes de procedimiento —comunicación, comprensión e interacción—, reduzcan las posibilidades de tal conculcación, este es un límite que debiera estar expresamente contemplado en el precepto. En estas hipótesis, constituye un mínimo inexcusable asegurar que las adaptaciones se realicen de forma que exista un adecuado equilibrio de los derechos en juego de todas las partes[48].

2.5. Tipo de ajustes

El art. 7 bis.2 LEC establece el derecho de las personas mayores «a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo», precisando seguidamente un elenco de medidas a adoptar. En concreto, con alusión específica a este colectivo, se alude a la posibilidad de que todas las comunicacio-

---

45. Como señala De Lucchi López-Tapia, Y., «Comentario al artículo 7 bis LEC», cit., p. 860, con apoyo en la tramitación parlamentaria del art. 7 bis LEC original, el precepto emplea los términos «adaptaciones» y «ajustes» como sinónimos.

46. Vid. lo expuesto *supra* en relación al Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 2016. En esta línea, respecto a las personas con discapacidad, De Lucchi López-Tapia, Y., «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», cit., p. 11; y, Cuadrado Salinas, C., «Personas vulnerables y ajustes del procedimiento. Luces y sombras de su regulación actual», cit., pp. 14 y 15.

47. El principio 3, parágrafo 32, de los Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, p. 15, refiere: «Los Estados garantizarán que se hagan una serie de ajustes de procedimiento, asegurando al mismo tiempo que dichos ajustes se realicen de forma que se equilibren y respeten debidamente los derechos de todas las partes». Documento disponible en: https://www.consaludmental.org/publicaciones/Principios-directrices-acceso-justicia-discapacidad.pdf (última consulta el 28 de junio de 2025).

48. En igual sentido, respecto a la redacción original de la norma, De Lucchi López-Tapia, Y., «Comentario al artículo 7 bis LEC», cit., p. 861.

nes se realicen en lenguaje claro, sencillo y accesible (letra a)[49], y a que la persona pueda estar acompañada de otra de su elección (letra d).

Pese al silencio en las letras b) y c) del art. 7 bis. 2 LEC a las personas mayores, destacadamente en relación al facilitador, su contenido es plenamente aplicable. Debe tenerse presente que el elenco de adaptaciones referido no constituye un *numerus clausus*, de modo que pueden acordarse medidas no expresamente previstas siempre que versen sobre comunicación, comprensión e interacción con el entorno (apartado 1 *in fine*).

Dadas las limitaciones de extensión fijadas en esta obra no podemos realizar una clasificación de la tipología de adaptaciones y ajustes posibles, ni ahondar en su detalle[50], pero sí queremos enfatizar, de un lado, el rol que desempeñan el abogado y el procurador para el correcto desenvolvimiento del proceso, el respeto del derecho de defensa y la aclaración de las actuaciones procesales[51], y, de otro, las especiales cautelas que deben patrocinarse —especialmente en la adaptación del lenguaje— cuando la postulación no sea preceptiva o se dirija frente a terceros legos en derecho.

2.6. Órgano competente y procedimiento

2.6.1. Órgano competente

La doctrina viene reconociendo que el órgano competente para acordar los ajustes y supervisar su idoneidad es el letrado de la Administración de Justicia[52]. Se alude para ello, principalmente, a la función impulsora y ordenadora del proceso atribuida *ex* art. 454 LOPJ. Tal competencia puede incluso justificarse con base en el art. 758.2-II LEC que, en sede de procesos sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, establece:

---

49. Sigue refiriendo el precepto: «de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica».

50. Remitimos para ello a otros trabajos: De Lucchi López-Tapia, Y., «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», cit., pp. 14 y ss.; y, Font de Mora, J., «El impacto de la edad en el proceso civil: nuevas medidas de los artículos 7bis y 183.3 bis LEC para las personas mayores (RDL 6/23)», disponible en https://blog.sepin.es/impacto-edad-en-el-proceso-civil-rdl-6/23 (última consulta el 28 de junio de 2025).

51. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones. Entre otras, vid. SSTC 7/2011, de 14 de febrero, 77/2014, de 22 de mayo, 31/2017, de 27 de febrero y 85/2017, de 3 de julio, con referencia a otras precedentes. Ello no empece la necesidad de ajustes que puedan reputarse necesarios a la vista de las disfunciones que presente la parte o el tercero.

52. Entre otros, Garcimartín Montero, R., «La persona con discapacidad como protagonista del apoyo», *Los vulnerables ante el proceso civil* (Dirs. Herrero Perezagua y López Sánchez), Atelier, 2022, p. 286; y, De Lucchi López-Tapia, Y., «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», cit., p. 13.

> «El letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 bis».

Sin embargo, aunque esto pueda ser así con carácter general, el órgano competente variará forzosamente en función del tipo de ajuste. A nuestro juicio, la decisión corresponderá al juez cuando el ajuste pueda afectar al contrario con una alteración de la actividad procesal ordinaria (v. gr., acordar un interrogatorio por videoconferencia *ex* art. 129 bis LEC). En el resto de adaptaciones de índole jurídica y de apoyo por terceras personas, ya sean atinentes a las partes o a terceros, la competencia es atribuible al letrado de la Administración de Justicia[53].

Otras adaptaciones de índole física o tecnológica, en cambio, recaen en las administraciones públicas con competencia en la materia (v. gr., rampas en edificios o acceso a la Sede Judicial Electrónica[54]).

2.6.2. Procedimiento

En cuanto a la tramitación a seguir, es destacable el silencio del legislador. Somos conscientes de que se busca un procedimiento ágil y flexible, pero tal

---

53. Así se reconocía ya, con anterioridad al art. 7 bis LEC, por ejemplo, respecto a la intervención de intérpretes (art. 143 LEC).

54. En el plano de las comunicaciones digitales se están previendo medidas de diseño universal para facilitar la accesibilidad a la justicia de las personas mayores. Como señala la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto-ley 6/2023: «Las administraciones con competencias en materia de Justicia garantizarán que todos los ciudadanos y ciudadanas, con especial atención a las personas mayores o personas con algún tipo de discapacidad, que se relacionan con la Administración de Justicia, puedan acceder a los servicios electrónicos en igualdad de condiciones con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos. A tal fin, se ajustarán en lo que sea de aplicación al Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público y demás regulación estatal y autonómica en materia de igualdad y no discriminación». Esta norma tiene por objetivo garantizar los requisitos de accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público y otros obligados (art. 1.1), entre los que se incluye expresamente la Administración de Justicia (art. 2.2), con el fin de «garantizar la igualdad y la no discriminación en el acceso de las personas usuarias, en particular de las personas con discapacidad y de las personas mayores». Establece, sin embargo, la posibilidad de excepcionar el cumplimiento de tales requisitos cuando constituya una carga desproporcionada (art. 7).
Con todo, entre las personas mayores, el acceso a sedes electrónicas o a la dirección electrónica habilitada única (DEHú) es infrecuente. Por ello, sin perjuicio de que la digitalización sea un proceso necesario que se deba acometer de manera paulatina desde un diseño universal: «es necesario mantener los procesos tradicionales no digitales y, cuando estén disponibles, los servicios físicos de asistencia, junto con las nuevas formas digitales, para ofrecer a los ciudadanos que aún no pueden participar plenamente en los avances tecnológicos una protección jurídica y un acceso a la justicia efectivos. Al mismo tiempo, es necesario proporcionar a los ciudadanos información completa en un lenguaje sencillo e inteligible sobre cómo utilizar los servicios digitales y cómo hacer valer sus derechos por esta vía» —Conclusiones del Consejo «Acceso a la justicia: aprovechar las oportunidades de la digitalización», disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XG1014(01)&from=IT (última consulta el 28 de junio de 2025)—. Sobre la problemática de la digitalización respecto a las personas mayores, puede verse Catalá Chamorro, M. J., «La nueva tutela judicial y extrajudicial de las personas mayores», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 63, 2024, versión digital.

adaptabilidad exige cierta previsión legislativa en aras a la seguridad jurídica y a las garantías de los justiciables.

A nuestro modo de ver, los trámites dependen del tipo de ajuste de procedimiento que sea necesario. No todas las adaptaciones deben ventilarse del mismo modo.

De esta suerte, en aquellas adaptaciones que repercuten en la contraparte, es necesario dar traslado al contrario en orden a garantizar el principio de audiencia y, seguidamente, tras las actuaciones que resulten necesarias, en sala o fuera de ella —para preservar la intimidad—[55], resolver por medio de diligencia de ordenación o providencia sucintamente motivada, decreto o auto. En el resto de ajustes, practicada la oportuna actividad para afinar en su adopción, se tomará la decisión.

Como es lógico, la resolución debe ser lo suficientemente exhaustiva como para concretar cómo se han de realizar los ajustes y quién se ha de encargar de ello. Para su impugnación, dado el silencio legal, se aplican las reglas generales de la LEC (arts. 451 y ss.).

2.7. La tramitación preferente

El art. 7 bis.3 LEC señala que:

> «Todos los procedimientos, tanto en fase declarativa como de ejecución, en los que alguna de las partes interesadas sea una persona con una edad de ochenta años o más, conforme a lo dispuesto en este artículo, serán de tramitación preferente».

Con esta previsión se busca una respuesta judicial más rápida, con atención prioritaria al asunto, atendiendo a la edad de las partes. La clave está en cómo se aplique tal preferencia en la práctica (v. gr., proveyendo los escritos sin sujeción al orden temporal de entrada o adelantando los señalamientos), pues esta circunstancia se suma a otras tantas que ya gozan de la consideración de tramitación preferente (entre otros, vid. arts. 249.1.2º, 438 bis.2, 455.3 y 4, 479.3, 519.5, 524.5, 527.4, 736.1, 753.3, 778 quáter.5, 779 y 780.6 LEC).

---

55. Como refiere el referido Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 2016, p. 12: «Una vez que se ha solicitado un ajuste, la persona que lo solicita y la entidad responsable de facilitarlo deben entablar un diálogo para determinar las necesidades de la persona y la solución más adecuada para esas necesidades. Las personas con discapacidad son expertas en determinar sus propias necesidades y, a menudo, conocen de antemano qué modificaciones y adaptaciones son necesarias y adecuadas. El diálogo puede ser formal y extenso (normalmente en contextos en que se establecen relaciones de largo plazo) o más informal y breve».

3. El art. 183.3 bis LEC

Con el propósito de que las personas mayores de 80 o más años permanezcan el menor tiempo posible en dependencias judiciales, se instaura una exigua regla en el art. 183.3 bis LEC.

De manera categórica se impone el señalamiento «en las primeras horas de audiencia o bien en las últimas, en función de las necesidades de la persona afectada». Dados los habituales retrasos en la celebración de los juicios, lo más razonable es que el letrado de la Administración de Justicia practique el señalamiento al inicio de la jornada, sin perjuicio de que la parte pueda solicitar algo distinto atendiendo a las circunstancias concurrentes. Según el tenor legal, la adaptación es preceptiva cuando así se solicite.

Ante el silencio legal, en principio, se ha de instar por escrito por la parte interesada siguiendo lo expuesto *supra*. Se debe hacer, pues, con tiempo suficiente y con anterioridad al señalamiento. En caso de petición sobrevenida, una vez designado el día y hora para la celebración del juicio oral o vista, resultará más complicada su adaptación, si bien quedará a discreción del letrado de la Administración de Justicia[56], previa audiencia a la parte contraria.

IV. Bibliografía

Barranco Avilés, M. C./ Bariffi, F. J., «La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su potencial aplicación a las personas mayores», *Informes Portal Mayores*, nº 105, 2010, versión digital.

Castillo Martínez, C., «Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (Dir. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, 2022, pp. 657 y ss.

Catalá Chamorro, M.J., *La justicia digital en España. Retos y desafíos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Catalá Chamorro, M. J., «La nueva tutela judicial y extrajudicial de las personas mayores», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 63, 2024, versión digital.

Cuadrado Salinas, C., «Personas vulnerables y ajustes del procedimiento. Luces y sombras de su regulación actual», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 62, 2024, versión digital.

De Lucchi López-Tapia, Y., «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Práctica de Tribunales*, nº 151, 2021, versión digital.

56. En igual sentido, Font de Mora, J., «El impacto de la edad en el proceso civil: nuevas medidas de los artículos 7bis y 183.3 bis LEC para las personas mayores (RDL 6/23)», cit.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «El servicio de facilitación judicial como pieza clave para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, nº 9, septiembre 2022, versión digital.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Comentario al artículo 7 bis LEC», *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (Dirs. GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 856 y ss.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «La humanización de la justicia con relación a las personas con discapacidad: el derecho fundamental de acceso a la misma en condiciones de igualdad», *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico 2, 2023, pp. 156 y ss.

DÍAZ-TENDERO BOLLAÍN, A./FLORES GIMÉNEZ, F., «El edadismo hacia las personas mayores en las sentencias del Tribunal Constitucional», *Observatorio del Edadismo*, noviembre 2023, versión digital.

FONT DE MORA, J., «El impacto de la edad en el proceso civil: nuevas medidas de los artículos 7bis y 183.3 bis LEC para las personas mayores (RDL 6/23)», disponible en https://blog.sepin.es/impacto-edad-en-el-proceso-civil-rdl-6/23.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Régimen jurídico de la discapacidad en el proceso civil», *El proceso como garantía* (Dirs. ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO), Atelier, 2023, pp. 319 y ss.

GARCIMARTÍN MONTERO, R., «La persona con discapacidad como protagonista del apoyo», *Los vulnerables ante el proceso civil* (Dirs. HERRERO PEREZAGUA y LÓPEZ SÁNCHEZ), Atelier, 2022, pp. 281 y ss.

PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI. Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

PALIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007.

PÉREZ ESTRADA, M. J., «Justicia 2030: el servicio público de Justicia», *El proceso como garantía* (Dirs. ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO), Atelier, 2023, pp. 237 y ss.

REQUENA CASANOVA, M., «La discriminación por razón de la edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 31, 2013, versión digital.

VICTORIA MALDONADO, J.A., «El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos», *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, nº 12, 2013, versión digital.

La persona de avanzada edad ante el proceso civil[1]

Vanesa Martí Payá
Profesora permanente laboral
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. PERSONAS MAYORES Y VULNERABILIDAD. II. DERECHO PROCESAL GERONTOLÓGICO. 1. Ámbito subjetivo de aplicación en el proceso civil. 2. Solicitud y control. III. MEDIDAS DE ACCESO Y AJUSTES RAZONABLES. 1. Medidas de adaptación. 2. Tratamiento procesal de los señalamientos. 3. Tramitación preferente. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. Personas mayores y vulnerabilidad

La tutela judicial efectiva no entiende de edad. El acceso a la justicia y, con este, la tutela de los derechos de los justiciables no puede verse disminuido por la edad del sujeto que participa en ellos. Sin embargo, en los últimos años y con los constantes avances que la era digital proporciona, estamos viendo cómo el hecho de hacerse mayor se convierte en un hándicap que debemos solventar. Hablamos de ancianidad, vejez, senectud… todas ellas cualidades de viejo (considerando como tal a una persona de edad avanzada, según afirma la propia RAE) como el requisito que deben cumplir las personas para formar parte de este grupo de personas mayores vulnerables. El presente capítulo analiza cómo se proyecta la justicia inclusiva en nuestro proceso civil cuando el indicador es el edadismo.

La cualidad de vulnerable que se atribuye a este colectivo hace latir el sentir social y justifica la diferencia de trato que, con la actual regulación, se ha plasmado (si bien, no sin objeciones) y que trata de atender procesalmente las

1. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto «El proceso desigual: razón, diagnóstico y propuestas de intervención» (PID2022-139585OB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España) y del Grupo de Investigación de Referencia «De Iure» (S26_23R), financiado por el Gobierno de Aragón.

necesidades especiales de las personas mayores. El objetivo perseguido es la creación de un sistema de justicia inclusivo donde el «edadismo» tenga cabida. Para ello, es preciso la creación de figuras e instrumentos que consigan superar la brecha digital originada y la elaboración de normas con mayor rigor y precisión para que el propio acceso a la justicia ordinaria —tanto barreras físicas (adaptación de espacios, infraestructuras, falta de accesibilidad, distancia geográfica..) como obstáculos procesales (plazos razonables, derecho a entender y ser entendido o la dilación indebida de los procedimientos, entre otros)— tampoco se convierta en un escenario en el que les resulte difícil actuar.

El tinte peyorativo que, tradicionalmente, la vejez ha tenido en la sociedad, ha difuminado todas aquellas facultades que el adulto mayor sí tiene. Estos estereotipos y prejuicios no han favorecido a la implementación de políticas públicas que fomentaran su autonomía e independencia social. No obstante, la advertencia desde Europa del aumento de personas mayores originó la creación de recomendaciones por parte del Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria[2]. Si bien, dichas recomendaciones estaban destinadas, principalmente, a la lucha contra la discriminación en el ámbito de los derechos sociales y económicos tales como el empleo, el disfrute de bienes y servicios, el trato…. Derechos que fueron finalmente recogidos en la Carta Social Europea[3].

De hecho, tanto el art. 14 CE como los textos internacionales de mayor renombre —ex. art. 2 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*[4], el art. 2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*[5] o el art. 14 del *Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*[6]— exigen en su articulado la no discriminación. Sin embargo, no recogen expresamente la edad como causa posible de discriminación, debiendo entenderla incorporarla en la expresión «*cualquier otra condición o circunstancia*»[7] que sí aparece de forma expresa en dichos textos. Este derecho a la igualdad se ha transformado, apunta la doctrina[8], en derecho antidiscriminatorio, siendo el edadismo un motivo a incluir.

---

2. Serrano Masip (2021: 121) enumera y explica los instrumentos sectoriales no vinculantes que estos órganos han ido elaborando para dotar de mayor protección a los derechos de las personas adultas.

3. Tratado elaborado originariamente en 1961 por el Consejo de Europa.

4. Declaración proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

5. Pacto aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966 en su Resolución 2200 A (XXI)

6. Convenido adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

7. Serrano Masip (2021: 121).

8. Giménez Gluck (2022).

Desde Europa[9], nos vienen llamando la atención sobre la importancia de garantizar el acceso a la justicia, en particular, la justicia inclusiva[10]. Sin embargo, todavía no se han implementado normas propias que centren su foco directamente sobre el edadismo dentro del proceso. Debemos acudir a la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en 2008 —donde se aprobaron las Cien *Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*— para ver expresamente recogido en su regla 6ª que, el envejecimiento, puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona mayor encuentre especiales dificultades (atendiendo a sus capacidades funcionales) para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia. Y, siguiendo esta proyección, se elabora en 2024 el primer borrador del *Convenio Iberoamericano de Acceso a la Justicia*[11]. Un convenio internacional vinculante creado con la intención de avanzar en la consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible 16 (cuya meta 3ª rubrica «*Promover el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos*»); tratando de convertir las recomendaciones de Brasilia en obligaciones concretas para los Estados participantes[12].

En sentido estricto, la edad senil no tiene por qué implicar *per se* la existencia de problemas cognitivos o enfermedades que discapaciten (como las neurodegenerativas), aunque sean más propensos a padecerlas conforme pasen los años. No obstante, en caso de haberlas, existe legislación nacional que, por motivos de discapacidad, puede aplicarse a dicho colectivo. Y así, gracias a la *Ley 8/2021, de 2 de junio para el apoyo a personas con discapacidad 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*, nuestro ordenamiento jurídico[13] mejora las herramientas en materia de discapacidad

---

9. Si bien es cierto que el legislador europeo presentó en mayo de 2023 dos propuestas: un Reglamento que regulará los asuntos transfronterizos a efectos de la protección de los adultos entre países de la UE, y una Decisión del Consejo que obligará a los países de la Unión Europea a adherirse al Convenio HCCH sobre Protección de los Adultos de 2000 (que España no ha ratificado), las normas recogidas en ellas solo se aplicarán en asuntos transfronterizos (última visita: marzo, 2025)

10. A petición de la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea, el Comité Económico y Social Europeo emitió en 2022 un Dictamen sobre una Estrategia Europea para las Personas Mayores donde aborda, desde diferentes perspectivas, los retos y oportunidades que el envejecimiento demográfico plantea a los Estados miembros de la Unión Europea y cuál es la posición de los agentes sociales respecto a cómo aquéllos deben enfocar sus políticas en relación a las personas mayores, dentro de un marco común de la UE (última visita: marzo 2025).

11. Véase https://comjib.org/convenio/ (última visita: marzo, 2025). Las reglas para el acceso a la justicia de grupos vulnerables, según el Convenio, se organizan en tres rubros: reglas para el efectivo acceso a la justicia, reglas para aplicarse en los actos judiciales y reglas para conseguir su eficacia.

12. Al respecto, véase Díaz-Tendero Bollaín, y Flores Giménez (2024).

13. El 15 de febrero de 2024 entró en vigor la modificación del art. 49 CE que recoge expresamente que «*1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapa-*

ofreciendo nuevas figuras jurídicas para que las personas con discapacidad tengan voz y que su voluntad se proyecte cuando aquella se produzca. Hasta la entrada en vigor de la precitada norma[14], la persona mermada de capacidades intelectivas o volitivas se veía abocada a asumir las decisiones que su tutor o curador estimara oportunas sin que estos últimos tuvieran obligación alguna de respetar los designios del discapacitado.

Con la legislación actual, las personas mayores podrán dejar previsto (con antelación a su posible discapacidad) sus voluntades y preferencias en caso de necesitar apoyos mediante: contratos de mandato, poderes notariales, testamento vital o, si prefieren, esperar a las situaciones complejas para nombrar un guardador de hecho o un curador designado por vía judicial[15]. De lo que se trata, en definitiva, es de anticiparse a una previsible situación futura[16] para que, en caso de producirse, las voluntades de quien padece la enfermedad se conozcan y respeten.

El problema aparece, sin embargo, con aquellos adultos que, simplemente, han envejecido. En este orden de cosas, lo primero que debemos hacer es diferenciar entre: aquellas personas mayores con la capacidad legalmente modificada (que pueden contar con ayuda por la propia discapacidad que sufren) y aquellas personas mayores que no se ven afectadas por ninguna o que el nivel

---

cidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad».

14. Dando efectivo cumplimiento al compromiso adquirido con la ratificación de España Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo art. 1 reconoce la necesidad de «*asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*» y, particularmente, el art. 13.1 precisa que los Estados asegurarán que «*tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares*».

15. Catalán Chamorro (2024:6 y ss) apunta que, a pesar de expresar la voluntad mediante un contrato de mandato o poder notarial (únicos mecanismos de anticipación cuando la enfermedad es cognitiva o volitiva) antes de que se produzca la incapacidad, que aquella se respete depende de la propia ética de quien tenga los poderes y, cuando estos sujetos actúan conforme a su criterio y no conforme al de la persona con discapacidad, serán los órganos judiciales los que valorarán e interpretarán si se ha actuado conforme los designios de este último o no. Respecto al ámbito corporal y de la salud, concreta que será el testamento vital o testamento de voluntades anticipadas el instrumento que recoja la persona física o jurídica que la persona mayor legitima para le represente ante los tribunales. Si ninguna de estas opciones se ha previsto, serán los guardadores de hecho (por razón de parentesco en situación natural) quienes decidan y habrá que apelar a que estos respeten nuestras voluntades. La guarda de hecho constituye una medida de apoyo informal respondiendo a la necesidad de desjudicialización del sistema de provisión de apoyos y de origen legal, estable y con voluntad de permanencia.

16. Con el fin de proteger los derechos de las personas con discapacidad para asegurar su inclusión social, se crea el Real Patronato sobre Discapacidad, institución pública que pertenece al Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 20230, donde podemos encontrar toda la información precisa sobre la materia (última visita: marzo, 2025).

de discapacidad padecido no llega al mínimo legal para que les sea reconocida. ¿Qué sucede con este grupo? No por ello dejan de tener importantes dificultades, tanto sea para conectar con un mundo digital que cada vez les exige más especialización como para acudir a los juzgados presencialmente y poder participar en un procedimiento judicial con las mismas garantías que el resto de ciudadanos.

Dicha cuestión no resulta baladí si tenemos en cuenta que este colectivo configurado por personas mayores es, cada vez, más numeroso. Según el Instituto Nacional de Estadística[17], el 20,1 % de la población española es mayor de 65 años (siendo octogenarios el 6%) y se podría llegar al 27,9 % en 2041.

En este orden de cosas, resulta curioso que esta variable no se observe en las estadísticas judiciales recogidas por el Consejo General del Poder Judicial, a pesar de que en el año 2023, dentro del informe de la ponencia del P*royecto de Ley de Eficiencia Procesal de junio de 2023,* sí se destacara el aumento del porcentaje de la población mayor de sesenta y cinco años. Proyecto que fue introducido parcialmente por 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*[18], siendo, la transición digital, uno de sus ejes transversales. Esta nueva norma, pese a no acometer todas las carencias o desventajas habidas en este campo, sí que consigue paliar o reducir algunas de ellas.

Y, en este sentido, es de lamentar que, la *Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia* no aprovechase la coyuntura para hacerlo. Solo aporta como novedad en este marco la introducción del art. 19.5 LEC, cuyo párrafo segundo recoge expresamente que, cuando intervengan personas mayores en los procedimientos, se valorará específicamente esta circunstancia «*para promover la solución de los mismos a través de medios adecuados de solución de controversias, con especial consideración a la salvaguarda del principio de igualdad entre las partes*».

Una vez trazado el recorrido legal, a continuación, se analizarán y valorarán las mejoras introducidas en el marco del proceso civil[19] con las reformas operadas

---

17. Según el Laboratorio Envejecimiento en red y Estadísticas experimentales del CSIC. Para más información, véase, *Informes. Envejecimiento en red. Núm. 33*, «Un perfil de las personas mayores en España 2024. Indicadores Estadísticos Básicos», diciembre 2024 (ISSN: 2340-566X).

18. Conocido también como Real Decreto Ómnibus.

19. Resalta la no inclusión de este colectivo tanto en la legislación sobre jurisdicción voluntaria como en la LECrim. Si bien es cierto que, la Fiscalía General del Estado, en su memoria de 2022 abordó la atención a personas con discapa-

hasta el momento; al tiempo que se ofrecen propuestas sobre lo que, algunos autores[20], ya han bautizado como el «derecho procesal gerontológico».

II. Derecho procesal gerontológico

Entre las buenas prácticas que se proponen a la hora de implementar tanto *las Reglas de Brasilia* como el *Convenio Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, destaca la generación del derecho procesal gerontológico que, entre otras funciones, potencie las posibilidades de las personas mayores —fomentando la práctica del derecho a la vejez[21]— y apoye jurídicamente la plena realización de sus objetivos mediante la creación de normas procesales concretas[22]. En dichos textos, se resalta cómo la lentitud de los procesos judiciales impacta negativamente en el acceso a la justicia de las personas mayores cuando estas deberían colocarse en el centro del procedimiento, ser la prioridad.

A este respecto, se realizan las siguientes sugerencias[23]: a) la creación de un derecho procesal específico para personas mayores mediante normas procesales independientes y autónomas que otorguen eficiencia y eficacia al procedimiento[24], b) una vía normativa que habilite un proceso más rápido; c) la creación del Defensor de la Tercera Edad, d) la introducción en el proceso del *interés superior de la persona mayo*r y e) el *impulso procesal de oficio* o el principio *in dubio pro accione*[25].

Además, a ello se ha de sumar la implantación de las nuevas tecnologías (haciendo hincapié en la resolución de conflictos *on line*) así como en la consolidación de los métodos adecuados de resolución de conflictos (tales como la conciliación o la mediación).

---

cidad y mayores centrando su atención en su condición de víctimas del delito concretando que el acceso a la justicia en condiciones de igualdad es objetivo pendiente para las personas mayores …presencia de barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales o jurídicas constituyen obstáculos para que el servicio público de la justicia se preste y reciba en condiciones de igualdad, particularmente en cuanto a víctimas se refiere (última visita: marzo 2025).

20. Tales como, Pérez Cázares (2019: 75), Acle Mautone y Jackson Bertón (2023: 41) o Díaz-Tendero Bollaín y Flores Giménez (2024: 20).

21. Díaz-Tendero Bollaín (2019: 16) promueve el empoderamiento de las personas mayores como sujetos de derecho que disfrutan de garantías, tienen responsabilidades y abraza las múltiples vejeces.
En este orden de cosas, Acle Mautone y Jackson Bertón (2023: 36) afirman que la atención legal y judicial a las personas mayores mediante nuevos productos, servicios, instituciones jurídicas o canales de comunicación puede ofrecer soluciones concretas para satisfacer el pleno goce de los derechos fundamentales de las personas mayores.

22. Acle Mautone y Jackson Bertón (2023: 41)

23. Díaz-Tendero Bollaín y Flores Giménez (2024: 21).

24. Pérez Cázares (2019:75).

25. Pérez Cázares (2019: 5) o Acle Mautone y Jackson Bertón (2023: 41).

Fijados estos propósitos, resta ahora abordarlos en la práctica y, en este sentido, Pérez Cázares[26] concluye que el Estado debe establecer «*nuevos mecanismos jurídico-procesales que permitan un verdadero acceso a la justicia sin trabas o requisitos innecesarios en donde se dé una apertura como un nuevo modelo de servicio de justicia para el adulto mayor, una política de Estado que aborde a las necesidades de justicia que necesitan*». Para promover el cambio hay que partir de la base de que el envejecimiento es una situación consustancial del ser humano que no debe conducir a la pérdida de intensidad de nuestros derechos fundamentales y libertades públicas y, sobre estos principios, debemos construir el entramado procesal específico que garantice su inclusión flexibilizando ciertos contenidos de la norma atendiendo a sus limitaciones.

Actualmente, en España, el Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, ha financiado un proyecto para este colectivo de personas mayores vulnerables, lanzado por la Fundación *HelpAge International España* y denominado «Observatorio del Edadismo»[27], cuya labor gira en torno a tres líneas de actuación: justicia y derecho, comunicación e imagen y políticas públicas. Su objetivo primordial es tratar de dar visibilidad a este colectivo y promover un futuro más inclusivo y justo.

1. Ámbito subjetivo de aplicación en el proceso civil

En el ámbito nacional, pese a que nuestra legislación procesal civil ya incorpora alusiones expresas a las personas mayores, todavía precisa de una regulación mucho más pormenorizada. El art. 7 bis LEC (introducido mediante la reforma de 2023), con el rubro «*Ajustes para personas con discapacidad y personas mayores*», reconoce la incorporación de mecanismos de ajuste y adaptación necesarios para que las personas mayores puedan participar en el proceso judicial en condiciones de igualdad con respecto al resto de ciudadanos, estableciendo el ámbito subjetivo de aplicación de la norma procesal civil.

No obstante, a pesar de hablar de personas mayores, el precepto se bifurca en dos caminos, distinguiendo entre personas adultas de entre sesenta y cinco a setenta y nueve años y personas adultas de ochenta años o más. La diferencia radica en que, en el segundo grupo, las medidas que la ley recoja para paliar la vulnerabilidad podrán adoptarse de oficio (sin solicitud expresa y en toda su extensión), según dispone el párrafo V del apartado primero del art. 7 bis LEC. Mientras que, en el primer grupo, se exige solicitud a instancia de parte y es

26. Pérez Cázares (2019: 70).

27. Fundación *HelpAge International España* (última visita: marzo 2025).

posible que no puedan disfrutar de todos los beneficios propuestos (y así lo indica el párrafo IV del citado precepto). Lo que se traduce en que, en cuanto al reconocimiento de medidas de adaptación y ajustes en el proceso, a las personas mayores de ochenta años se les equipare con las personas que sufren discapacidad, mientras el resto de personas mayores que no llegan a dicha edad, deben solicitar lo que pretendan y no siempre se le satisfará.

2. Solicitud y control

El apartado 1 *in fine* del art. 7 bis de la LEC dispone que *«Las adaptaciones se realizarán en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación, y podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno».* Redacción que, pese a su novedosa introducción, ya plantea problemas. El primero, porque la LEC no señala el momento procesal oportuno para solicitar estos ajustes y medidas de adaptación pues, el verbo reza se «realizarán» pero no concreta cuándo se «solicitarán» para que puedan realizarse. Es decir, se pueden poner en práctica casi en cualquier momento del proceso, pero ¿cuándo se piden?

A este respecto, hay quien opina[28] que deberían solicitarse en el momento de presentar la demanda o en la contestación a la demanda. Opinión que secundo en tanto que, cuanto antes se invoque el derecho, más pronto se podrán aplicar las medidas o ajustes correspondientes. Además, si tenemos en cuenta que estos se podrán realizar en cualquier momento, nada obsta para interpretar que no precluye el plazo para efectuar la solicitud y que esta podrá hacerse con posterioridad (aún a riesgo de haber perdido las ventajas de aquello que ya fue tramitado previamente).

Y, en este sentido, la discusión doctrinal ha sido determinar cómo debe controlarse la circunstancia de la edad de los interesados. Si son estos quienes deben informar al órgano judicial de esta condición y si la falta de alusión expresa en la demanda o en la contestación a la demanda —bien por olvido o bien por falta de conocimiento[29]— exigiría una subsanación de oficio en todos los procedimientos (ex. art. 231 LEC) o si pesa exclusivamente sobre el interesado la carga de acreditarlo. Y, en caso de no hacerlo (no acreditar dicha circunstancia), si el proceso seguiría con su tramitación normal. Planteamiento también aplicable en los procedimientos seguidos con personas mayores de ochenta

28. Catalán Chamorro (2024: 28)

29. En este sentido, resalta la importancia de la buena formación del abogado que nos defienda. Pues, si conoce la norma, lo primero que preguntará al cliente será su edad.

años pues, una cosa es que el órgano judicial autorice medidas y ajustes de oficio y, otra, que tenga que revisar él mismo la edad del interviniente para saber si puede hacerlo.

La práctica forense[30] se está decantando por que sea el interesado quien invoque la circunstancia de la vejez sin que tenga cabida la subsanación de oficio. Pues, recurrir a la subsanación, además de dilatar el procedimiento (cuando es este uno de los principales obstáculos a tratar y más criticado), incrementaría la actividad del órgano jurisdiccional, siendo más razonable que sea el propio interesado quien lo exponga.

De hecho, esta ha sido la decisión tomada por algunas Juntas Sectoriales de Jueces, como ha sucedido con los Jueces de Primera Instancia de Valencia que, el 23 de febrero de 2024[31], acordaron que «*Para efectuar las adaptaciones y ajustes de oficio a las personas con ochenta años o más y dar la tramitación preferente al procedimiento, será necesario que dicha circunstancia de edad se advierta al Juzgado por los profesionales que les asisten y/o representan».* Si bien es cierto que deja fuera al grupo de personas mayores comprendido entre los sesenta y cinco y setenta y nueve años, no debemos perder de vista que, para poder disfrutar de las medidas de apoyo, este segundo grupo debe solicitarlo a instancia de parte y, para eso, resulta obvio que tendrá que acreditarlo.

Para ello, Font de Mora[32] indica que hacer uso del *Otrosí digo* para aludir a la mención de la edad, se va a convertir en un esencial a partir de ahora, debiendo acreditarse aportando copia del DNI, NIE, Pasaporte o cualquier otro documento oficial (partida de nacimiento, libro de familia) que permita probarlo. Lo que nos conduce al segundo problema: ¿qué sucede si se advierte más tarde?

Si se informa al órgano jurisdiccional en un momento procesal posterior —situación que puede darse, en tanto que la norma no hace mención expresa de plazo ni momento procesal oportuno para hacerlo— Catalán[33] distingue en función del tipo de procedimiento. Si se tramitase la causa mediante un procedimiento ordinario, dicha autora afirma que también valdría presentar la correspondiente solicitud tanto en la audiencia previa como al inicio de la vista del juicio. Ahora bien, si se diera en ese momento, habría precluido el derecho, por ejemplo, a recibir algunas resoluciones interlocutorias adaptadas a la fácil

30. Font de Mora (2024).

31. Criterios de unificación accesibles de la Junta Sectorial de los Jueces de Primera Instancia de Valencia (última visita: marzo, 2025)

32. Font de Mora (2024) quien remite, además, al post de Guerra Pérez (2023).

33. Catalán Chamorro (2024: 28)

lectura[34], dado que ya han sido elaboradas y entregadas. Y, en el caso del juicio verbal, si se solicita al inicio de la vista, podría provocar su suspensión o posponerla por no estar preparado el juzgado para asistir las necesidades de adaptación pedidas.

Sin embargo, con la entrada en vigor de la *Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, la posibilidad de que la vista no se celebre (pese a solicitarlo alguna de las partes) merma, en cierta medida, la posibilidad antes descrita —trasladándola al momento de proposición de prueba del nuevo art. 438.8 LEC— pues queda a expensas de lo que el órgano jurisdiccional decida sobre la celebración de la vista para poder invocar en ella el derecho.

En definitiva, la solicitud para la realización de las medidas o ajustes podrá invocarse en cualquier momento y será, a partir de entonces, cuando se adapten las medidas y ajuste oportunos.

III. Medidas de acceso y ajustes razonables

A pesar de que el apartado primero del art. 7 bis LEC prevé que se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar la participación de las personas mayores en condiciones de igualdad, no especifica qué se entiende por «ajustes» a la hora de adoptar estas medidas.

Es el art. 2 de la C*onvención sobre los derechos de las personas con discapacidad*[35] el que ofrece una definición de lo que se entiende por «ajustes razonables»[36] —perfectamente trasladable al derecho gerontológico— estableciendo que se entenderán como tales «*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*». Pero ¿de qué medidas hablamos para nuestros mayores y cuál es el alcance de estas?

---

34. Adaptación proyectada en este ámbito y sobre la que más adelante, se tratará.

35. Aunque en su art. 13 desaparezca el apelativo «razonables», si son necesarios para garantizar el acceso a la justicia deben hacerse siempre que no suponga una carga desproporcionada o indebida ante un derecho fundamental.

36. Catalán Chamorro (2024:14) parte de un interrogante: justicia ¿accesible?, haciendo acopio del contenido del art. 5.3º de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad por el que con el «fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables», donde se prevé el acceso a la justicia en condiciones de igualdad evitando la discriminación por esta causa y obligando a los Estados a la implantación de medidas que garanticen dicha máxima.

Siguiendo la clasificación doctrinal ofrecida por Font de Mora[37] podemos dividirlas en tres grupos: medidas de adaptación, tratamiento procesal de los señalamientos y tratamiento preferente. Vamos a verlas.

1. Medidas de adaptación

En primer lugar, la ley establece las medidas de adaptación que permitan garantizar la «participación en condiciones de igualdad». Pero ¿la igualdad con respecto al resto de la ciudadanía o la igualdad en relación con el resto de partes procesales? Parece ser que la igualdad consagrada en este artículo opera una vez dentro del procedimiento, la que se predica respecto a la parte contraria y en cuanto a la igualdad de armas procesales contenida en el art. 24 CE. De hecho, como ya he anticipado *ut supra*, dicho precepto matiza *in fine* que las adaptaciones[38] se realizarán en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario. Dentro de este grupo de medidas de adaptación distinguimos cuatro ámbitos: medidas físicas, medidas tecnológicas, medidas jurídicas y medidas de apoyo por terceros.

A) Medidas físicas

Los obstáculos que padecen nuestros mayores se proyectan más allá de lo telemático. Las barreras físicas, tales como el acceso a las dependencias judiciales (juzgados, salas de vista, servicios de orientación, etc..), son problemas que ya existían con anterioridad. Y, a pesar de que algunos de ellos ya se han superado (como la creación de estructuras de accesibilidad como rampas, ascensores, mejor ubicación de las sedes judiciales, transporte público cercano…) existen otros que, sorprendentemente, continúan presentes (como el apilamiento de cajas u otro tipo de mobiliario en pasillos o zonas no aptas para ello, que durante la espera puedan estar sentados en un entorno adecuado, la señalización inteligible en los edificios…)[39]. Se trata, en definitiva, de proporcionar un entorno físico adecuado mediante la creación de estructuras de accesibilidad que faciliten la autonomía y seguridad.

---

37. Font de Mora (2024)

38. Catalán Chamorro (2024: 29) opina que los miembros de la oficina judicial deberían contar con una formación para realizar las adaptaciones y un baremo para otorgarlas, con base en criterios objetivos y uniformes en todo el territorio. De hecho, el art. 13.2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad prevé que los Estados «promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario».

39. La experiencia profesional de Font de Mora (2024) le permite concretar mucho más e incide en aspectos como: que los mayores puedan estar sentados en un entorno adecuado y en todo momento mientras esperan, declaran o examinan las actuaciones; que permanezcan el menor tiempo posible en las dependencias judiciales (agilizando sus gestiones) y que sean atendidos con paciencia y amabilidad.

En este sentido, el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes ha impulsado la aplicación de criterios de diseño basados en el Diseño Universal y el Código Técnico de la Edificación. Criterios que garantizan que todos los espacios sean accesibles para todas las personas, sin importar sus capacidades o limitaciones (como itinerarios peatonales accesibles, implantar una señalética como el braille, utilización de pictogramas o reserva de plazas, entre otros). De hecho, en la actualidad, existen sedes judiciales en proceso de certificación como sedes accesibles por AENOR como la Audiencia Nacional y del Palacio de Justicia de Plasencia[40].

B) Medidas tecnológicas

Los avances en las tecnologías de la información y la comunicación gravitan sobre la justicia provocando que la prestación de servicios por medios tecnológicos altere la forma de trabajar de los distintos operadores jurídicos. Los profesionales jurídicos (abogados, procuradores, notarios…) han de formarse y contar con los instrumentos necesarios para adaptarse a esta nueva realidad siempre cambiante. Sin embargo, las personas mayores que intentan acceder a la justicia, es posible que, por primera vez, no cuentan con esta anticipación. La carencia de competencias digitales de este sector de la población obliga al Estado a intervenir.

Por ello, esta medida es, sin duda, la más apremiante y necesaria dadas las últimas reformas introducidas. Está reconocida expresamente en la disposición adicional segunda «*Accesibilidad a los servicios electrónicos en el ámbito de la Administración de Justicia*» del R*eal Decreto-Ley 6/2023* y concreta que las administraciones con competencias en materia de justicia garantizarán que todos los ciudadanos, con especial atención a las personas mayores, que se relacionan con la Administración de Justicia «*puedan acceder a los servicios electrónicos en igualdad de condiciones con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos*». Para ello, continúa, «*se ajustarán en lo que sea de aplicación al Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público y demás regulación estatal y autonómica en materia de igualdad y no discriminación*».

Huelga decir el reto que supone la implementación completa y efectiva de medidas en este campo —no solo a nivel de conocimiento y aprendizaje para las personas mayores sino incluso en nativos digitales que todavía hacen uso del

40. Véase: https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/justicia-accesible-personas-discapacidad/sedes-accesibles (última visita: marzo 2025).

papel en aquellos actos en que el carácter de lo telemático es facultativo—[41], y el movimiento que se está gestando por parte de la Administración de Justicia para conseguir introducirlo.

En lo que atañe a la obtención de información, existen aplicaciones informáticas y páginas web destinadas a ello. Pero ¿la información en línea es (formato) fácilmente accesible? En la página web del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes[42], dentro del apartado «Ciudadanía», se encuentra un bloque donde acceder a «Justicia accesible para personas con discapacidad», siendo llamativa la ausencia de alusión a personas mayores, cuando su objetivo es, según indica expresamente en dicha página, acercar el Servicio Público de Justicia a la ciudadanía con independencia de sus capacidades, facilitando el acceso a sus servicios. No resulta nada intuitivo pues, aunque una vez se procede a la lectura del contenido este habla de cualquier vulnerable, el hecho de que el título aluda solo a personas con discapacidad puede dar lugar a que las personas mayores pasen por alto este apartado. A ello sumamos que, las personas que pretendan acceder a él deben contar con un dispositivo electrónico, conexión a internet y el conocimiento sobre manejo de aquel.

Se trabaja para la accesibilidad universal (ex. art.137 bis 6 LEC), concebida como la posibilidad de participar en las plataformas de manera autónoma y con las mismas posibilidades. Y, a pesar del esfuerzo del Ministerio la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, por cerrar brechas digitales —bajo la máxima «Tecnología que acerca» —mediante la creación de un asistente digital conocido como EVID[43] (a través del cual es posible conectarse con los tribunales a través de videoconferencia) y, tratando de mejorar la accesibilidad de su página web mediante la implementación de una nueva herramienta que permita una navegación más sencilla[44], esta finalidad se convierte en un desiderátum[45].

---

41. De nuevo, Font de Mora (2024) apunta que el acceso a las sedes electrónicas o al DEHU está en fase embrionaria y que el porcentaje de accesos de personas físicas a este tipo de notificaciones electrónicas es bajo, estimando que el régimen transitorio hasta la plena digitalización de las comunicaciones judiciales va a ser largo, al menos hasta que se produzca un relevo generacional.

42. Existe un tutorial de navegación pulsando sobre el botón «herramientas de accesibilidad», con audio.

43. El Escritorio Virtual de Inmediación Digital (último acceso: marzo 2025) es una herramienta automatizada que trata de establecer comunicaciones entre los distintos operadores jurídicos y los ciudadanos.

44. Dicha herramienta está en proceso de implementación y, entre sus opciones, se encuentran, por ejemplo, ajustar el contraste de la página web, cambiar su tamaño de letra, resaltar texto y una opción de lectura en voz alta. A este respecto, Catalán Chamorro (2024:18) deduce que las mejoras que ofrece parecen destinadas a personas con discapacidad visual lo que discrimina otras muchas discapacidades.

45. Acle Mautone y Jackson Bertón (2023).

Entre otros obstáculos, porque al EVID se accede con un certificado digital —por lo que se precisa de uno— siendo su acceso, además, complejo pues requiere de conexión a internet, de una cámara web y un micrófono. Ello sumado al hecho de que, el sector vulnerable analizado, necesita muchas de las veces de una mínima formación en nuevas tecnologías que le permita desenvolverse con autonomía, siendo esta una de las principales carencias.

Además, la configuración de aplicaciones que garanticen la confidencialidad de las comunicaciones entre las personas mayores y la Administración de Justicia —conforme a la legislación en materia de protección de datos[46] de la Unión Europea—, se erosiona cuando la falta de recursos a nivel estatal obliga a que la justicia digital precise colaboración privada. Esta participación externa, puede comportar a largo plazo un problema mayor que el que se trata de atajar y que ahora pasa desapercibido. Pues, suelen ser empresas extranjeras, con normas y códigos éticos dispares a los nuestros, las que van a tratar con datos personales, íntimos y confidenciales[47] y cuyas pautas de actuación pueden colisionar con derechos fundamentales.

En cuanto al uso de mecanismo tecnológicos dentro del proceso, el art. 129 bis LEC se alza en abanderado de la preferencia telemática de los actos de juicio, vistas, audiencias, comparecencias, declaraciones y, en general, todos los actos procesales. Ahora bien, siempre que las oficinas judiciales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios. He ahí un triple obstáculo: que la persona mayor se adapte a la nueva situación (teniendo en cuenta que no son nativos digitales), que esta realmente se pueda dar (teniendo en cuenta la falta de recursos de la Administración de Justicia y la infraestructura que se necesita tanto en cuanto a lugar de desarrollo como de instrumentos informáticos adecuados) y que ofrezca las mismas garantías y protección que la presencialidad (ello está por ver).

Además, el precepto señala que su práctica (el acceso para poder intervenir en las actuaciones telemáticas mediante dispositivos electrónicos) se hará a través de un PUNTO DE ACCESO SEGURO[48], al que se accede con la Cl@ve justicia —similar a la Cl@ve pin o certificado digital para realizar trámites con la Admi-

---

46. *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016* y la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*

47. Sirva de ejemplo el Caso Loomis: Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin que se dictó en el caso State v. Loomis el 13 de julio de 2016.

48. El art. 59.3 del *Real Decreto-ley 6/2023*, afirma que «La atención al público y a los y las profesionales por videoconferencia o sistema similar requerirá la participación del ciudadano, ciudadana o profesional desde un punto de acceso seguro» y, en relación con el art. 62.2 mismo texto legal, «Son puntos de acceso seguros los dispositivos y sistemas de información que cumplan los requisitos que se determinen por la normativa del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica, que en todo caso deberán reunir, al menos, los siguientes: a) Permitir la transmisión segura de

nistración General del Estado que actúa como interfaz para que el funcionario tenga la seguridad de que la persona es quien dice ser a través de un sistema de identificación utilizando un teléfono móvil y los datos de su DNI o NIE— con la que poder entrar a una aplicación propia del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes[49] que garantice la encriptación e integridad de las comunicaciones.

Y se presenta un cuarto obstáculo: cómo llega la persona mayor, no ya a realizar el trámite para adquirir la Cl@ve justicia sino a ser conocedor de ella. No obstante, el art. 129 bis 2 LEC excepciona que, cuando se trate de actos que tengan por objeto la audiencia, declaración o interrogatorio de partes, testigos o peritos o el reconocimiento judicial personal, será necesaria la presencia física de la persona que haya de intervenir.

En este orden de cosas, el art. 137 bis LEC desarrolla el modo en que se realizarán las actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia pudiendo hacerlo: a) desde la oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo (art. 137 bis 2 LEC); b) desde el juzgado de paz de su domicilio o de su lugar de trabajo; y c) en el caso de disponer de medios adecuados (art. 137 bis 2 LEC), desde cualquier lugar, cuando el juez lo estime oportuno en atención a las circunstancias concurrentes (qué circunstancias son estas queda por determinar) siempre que disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente conforme a lo que se determine reglamentariamente (art. 137 bis 3 LEC).

Esta opción —en relación con el art. 12.3 del *Real Decreto-ley 6/2023*— es aplicable a colectivos vulnerables, entre los que no se incluye expresamente a las personas mayores, a pesar de que en su apartado sexto se exige garantizar la accesibilidad universal, ambos preceptos dejan a este colectivo fuera de su redacción. Se incorporan Oficinas De Justicia en el municipio (prevista para cuando un sujeto que deba intervenir en un procedimiento judicial resida en un municipio distinto del de la sede de este) que se conciben como lugares seguros (ex. art. 62.4 del *Real Decreto-ley 6/2023*).

C) Jurídicas

El art. 7 bis 2 LEC reconoce a las personas mayores «el derecho *a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo*». Para ello, recopi-

---

las comunicaciones y la protección de la información. b) Permitir y garantizar la identificación de los intervinientes. c) Cumplir los requisitos de integridad, interoperabilidad, confidencialidad y disponibilidad de lo actuado.»

49. Véase el apartado Inmediación digital y servicios no presenciales (última visita: marzo 2025).

la un listado de medidas aplicables que, para este particular, se concretan en que las comunicaciones orales o escritas se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible. De un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si bien, las personas mayores de menos de 80 años tendrán que solicitarlo (art. 7 bis 2 a) LEC). Por lo tanto, se han de adoptar previsiones que hagan efectivo este derecho cuyo objetivo es que las personas mayores comprendan y obtengan la información necesaria para poder desenvolverse en este campo.

En cuanto a lenguaje sencillo, se ha creado una guía de redacción judicial clara[50]. Y, respecto a la lectura fácil, se han elaborado documentos jurídicos adaptados[51] (actas, autos, decretos, diligencias de ordenación, providencias, sentencias y notas informativa), creándose plantillas para que se adjunten como anexo al documento original. En este sentido, y justamente con el fin de promover la justicia accesible, el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, a través de la Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia (DGTDAJ), busca soluciones tecnológicas[52] que modernicen y hagan más eficiente la justicia. En lo que a esta investigación atañe, está desarrollando una herramienta de inteligencia artificial[53] que permite transformar, de manera automática, documentos legales e información jurídica a un formato de lectura fácil. Su objetivo es transformar el lenguaje jurídico-técnico en una versión clara y comprensible que brinde al ciudadano la oportunidad de entender sus derechos y obligaciones, derribando barreras.

Sin embargo, pese a los avances que esta herramienta pueda suponer, no se encuentra exenta de inconvenientes pues, como apunta Catalán Chamorro[54], se alimenta de sentencias ya emitidas y traducidas a lectura fácil para su posterior replicación en el futuro. Además, desde la Carpeta Justicia[55], el ciudadano puede acceder a un resumen automatizado de documentos judiciales en lenguaje sencillo.

---

50. Guía de redacción judicial clara (última visita: marzo 2025).

51. Versión en Lectura Fácil (última visita: marzo 2025).

52. *Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).*

53. Interesa destacar que en materia de innovación con Inteligencia Artificial, el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, ha puesto en marcha también la anonimización de documentos (con el fin de que se impida utilizar datos de manera fraudulenta, la herramienta se dedica a reemplazar caracteres) y los servicios de clasificación documental (que permite catalogar la documentación que se recibe de las sedes judiciales), entre otros.

54. Catalán Chamorro (2024: 18)

55. https://www.administraciondejusticia.gob.es/carpeta-justicia (última visita: marzo 2025).

En cualquier caso, si invierte en avances debes invertir en seguridad. La ciberdelincuencia está a la orden del día (suplantación de identidad, ciberataque, ciberestafas, correos *phishing*, programas que hackean, máscaras que saltan reconocimientos faciales, la *dark* net…), y la seguridad digital es capital para que la justicia pueda desarrollar sus cometidos y se garantice la seguridad jurídica. En mi opinión, no estaría de más, que alguna partida económica fuera destinada a invertir en formación en competencias digitales para este colectivo pues es el conducto necesario para poder disfrutar de todas las mejoras antedichas.

D) Medidas de apoyo por terceros

La posibilidad de que, la persona mayor, pueda estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, se trata de una medida prevista en el art. 7 bis 2 d) LEC. Dicha labor la podrá desempeñar cualquier persona que el adulto mayor quiera.

Además, surge la figura del facilitador (ex. art. 7 bis 2 c) LEC) —cuyo análisis pormenorizado excede el alcance de este trabajo[56]— concebido como un profesional experto que podrá participar en el proceso para realiza tareas de adaptación y ajustes para que —la persona con discapacidad— entienda y sea entendida. De nuevo se deja fuera a la persona mayor.

2. Tratamiento procesal de los señalamientos

En segundo lugar, la siguiente medida que se analiza aparece recogida en el art. 183.3 bis LEC. Dicho precepto señala que si una de las personas que fuera a intervenir en la vista del juicio (tanto sea como parte procesal o no) fuera una persona con una edad de ochenta años o más, podrá solicitar y se acordará por el letrado o letrada de la Administración de Justicia que «*se practique el señalamiento en las primeras horas de audiencia o bien en las últimas, en función de las necesidades de la persona afectada*».

La finalidad de esta medida reside en que las personas mayores permanezcan en las dependencias judiciales el menor tiempo posible. Por lo que sorprende que se excluya, nuevamente al grupo comprendido entre sesenta y cinco y setenta y nueve años. En mi opinión, la edad no afecta a todos igual y puede que, personas pertenecientes a esta franja de edad puedan tener afecciones peores

56. Figura novedosa sobre la que ya se ha derramado tinta con el fin de responder cuestiones tales como ¿cuál sería su régimen laboral? ¿Cómo se le llama al proceso? ¿Hay un listado de facilitadores? ¿Dependen del Estado o de las Comunidades Autónomas?

que otra persona adulta con ochenta años o más. Sin embargo, FONT DE MORA[57] lo considera razonable afirmando que, de no haberse previsto así, el número de vistas afectadas se vería incrementado de forma exponencial haciendo incontrolables las agendas de señalamientos. A mi juicio, podría haberse incorporado la opción de que las personas mayores de entre sesenta y cinco y setenta y nueve años pudieran solicitarlo, siendo el letrado o letrada de la Administración de Justicia quien decida en función de su agenda.

Por otro lado, también resulta curioso que deba solicitarse siempre, cuando si la persona mayor de ochenta años fuera una de las partes procesales, podría asumirse dicha tarea de oficio (no así cuando, por ejemplo, fuera esta llamada como testigo) salvo que, con ello, se interprete que ofrecen la posibilidad de elección entre la primera y la última hora. Empero, en caso de elegir la segunda opción (esto es, celebrar a última hora de la jornada), no se garantiza la hora del señalamiento.

Los retrasos en los tribunales están a la orden del día produciéndose, en ocasiones, importantes demoras que no puede controlar el órgano judicial y que terminan sembrando malestar en quienes esperan. Por este motivo, y en este caso me sumo a la opinión vertida por FONT DE MORA[58], la solicitud de señalamientos en las últimas horas de audiencia debería ser excepcional y subsidiaria frente a las horas iniciales. Pues, solo si la citación es entonces, tendremos la seguridad de que realizará próxima en el tiempo.

En último lugar, resta por saber qué sucederá si la solicitud fuera presentada tras la notificación del señalamiento. ¿Debería modificarse este? El precitado autor concluye que, teniendo en cuenta la parca regulación, la solicitud podrá presentarse (pensemos que, en ese impasse, la persona mayor cumpliera ochenta años) y la decisión debería ser tomada por el letrado o letrada de la Administración de Justicia, previa audiencia a la contraparte.

3. Tramitación preferente

Por último, la medida más exigida, prevista en nuestra legislación a través del art. 7 bis 3 LEC, reconoce la tramitación preferente de todos los procedimientos civiles en que sean parte personas mayores de ochenta años. Y así el, precepto recoge que «*Todos los procedimientos, tanto en fase declarativa como*

57. FONT DE MORA (2024).

58. Font de Mora (2024) concluye que, aunque la medida puede dificultar la gestión de las agendas de señalamientos sobre todo en grandes ciudades, es positiva, razonable y asumible con el fin de prestar esa «atención adecuada».

de ejecución, en los que alguna de las partes interesadas sea una persona con una edad de ochenta años o más, conforme a lo dispuesto en este artículo, serán de tramitación preferente».

El art. 6.1 del *Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, reconoce el derecho de toda persona a que su causa se tramite en un «plazo razonable»[59]; por lo que la tramitación preferente debe conducir a un plus celeridad. Y, en este sentido, el TEDH conmina a los Estados a abordar mejoras tanto a nivel orgánico como procesal para que la función jurisdiccional no se vea perjudicada. Los órganos judiciales son los garantes definitivos de la efectividad de los principios, derechos y valores constitucionales tanto desde su vertiente jurídica como desde su vertiente política y social[60]. Por ello, deben decidir sobre la prioridad en la tramitación de asuntos con un orden distinto al registro de entrada cronológico[61]. Dicha conclusión refuerza la razón de ser de esta medida justificando la labor de nuestro legislador para llegar a dicho cometido.

El principal problema en nuestro ordenamiento jurídico radica en la numerosa lista de materias que nuestro legislador incluye con carácter preferente[62] y que desnaturalizan, en cierto modo, la propia razón de ser de la preferencia. Sin realizan un análisis exhaustivo, podemos citar, entre otros: el pleito testigo (art. 438 bis 2 párrafo segundo LEC); los procedimientos ordinarios relativos a derechos honoríficos de la persona (art. 249.1.1º LEC), los que pretendan la tutela civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y su ejecución provisional (arts. 249.1.2º y 524.5 ambos de la LEC); algunos recursos de apelación (art. 438 bis 2 párrafo tercero, art. 455.3 y 4 todos de la LEC), de casación (art. 479.3 LEC) y de queja (art. 494 LEC) o procedimientos de familia en que intervengan menores o personas con discapacidad (art. 778 q*uáter* LEC). Si la excepción se convierte en el proceder habitual, en lo cotidiano, no se soluciona el problema, se mantiene.

Que la preferencia, con motivo de la longevidad, solo sea de aplicación a partir de los ochenta años, se ha venido justificando por el hecho de que, si se hicie-

---

59. Sin embargo, no indica qué se entiende como tal. Labor que recae sobre el TEDH; siendo este el órgano que debe precisar su contenido. De hecho, no son pocos los asuntos que este tribunal ventila y cuyo objeto reside en resolver acerca de si el derecho a un juicio equitativo es vulnerado por una duración excesiva del procedimiento.

60. Serrano Masip (2021: 132).

61. SSTEDH, asunto *Süssman* contra Alemania de 16 de septiembre de 1996 y asunto Orsus y otros contra Croacia de 16 de marzo de 2010.
as. Voggenreiter c. Alemania, de 8 de enero de 2024 y as. Ors

62. Font de Mora (2024) concentra el carácter preferente en: a) Proveer los escritos y despachos sin dilación y sin orden temporal de entrada; b) Adelantar señalamientos, sobre todo utilizando huecos por suspensiones; y, c) Adelantar las fechas para deliberación y fallo de los recursos de apelación y casación.

ra extensiva a los mayores de sesenta y cinco años, teniendo en cuenta el índice de vida, el ámbito subjetivo para dicha tramitación preferente se ampliaría en exceso[63]. Sin embargo, la diligencia debida y la actuación expedita se han convertido en el principal motor de cambio para poner en marcha este engranaje donde los adultos vulnerables accedan a la justicia con las garantías suficientes para no ver socavado su derecho a la tutela judicial efectiva. No siendo, en mi opinión, procedente la exclusión de dicho grupo cuando, de lo que se trata es de potenciar el interés superior de la persona mayor al tiempo que se dota de eficacia y eficiencia al procedimiento.

Justamente porque la expectativa de vida es menor, se promueve un modelo de justicia rápido. Desde el Observatorio del Edadismo se prevé la creación de una vía normativa que habilite un proceso más rápido que se traduce en la utilización de herramientas procesales que reduzcan los obstáculos. Algunas de estas herramientas ya se encuentran en fase de implantación, sin embargo, otras muchas todavía a la espera sin fecha. Entre ellas destacamos las siguientes: los formularios de fácil acceso, el impulso procesal de oficio, la aplicación del p*rincipio in dubio pro actione*, la prevalencia de la oralidad, la especialización de los operadores jurídicos con el fin de prestar la atención adecuada a este colectivo vulnerable a través de una atención más cercana…. incluso la creación del Defensor de la Tercera Edad o del Sistemas de Alerta Judicial (como ya opera en otros países latinoamericanos), una plataforma donde el órgano judicial incorpora los datos de la persona mayor participante en el procedimiento judicial correspondiente y recupera la edad y la identifica por colores en función del grupo de mayores al que pertenece (sesenta y cinco años o más y más de ochenta años) con el fin de que el órgano jurisdiccional pueda, de oficio, adoptar las medidas de adaptación y ajustes necesarios.

Por último, y trayendo a colación la reciente reforma operada en el art. 19 LEC por la *Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, los medios adecuados de solución de conflictos pueden convertirse en una alternativa. No obstante, cuesta imaginar que, personas mayores, con un arraigo *más profundo a los métodos* tradicionales, asimilen y asuman que a través de, por ejemplo, una mediación o una conciliación, puedan conseguir lo que pretenden. Porque, en ellos, en muchas de las ocasiones, el poso que queda es que se haya hecho justicia y, esta, la relacionan directamente con la figura del juez.

---

63. Según el Instituto Nacional de Estadística, la esperanza de vida para los hombres es de 80,4 años y la de las mujeres 85,7 años: (última visita: marzo 2025).

IV. Conclusiones

Primera. La condición de las personas mayores como colectivo vulnerable (independientemente de si sufren o no alguna discapacidad) garantiza que su derecho de acceso a la justicia se ejerza en condiciones de igualdad con el resto de ciudadanos.

Segunda. La creación de un derecho procesal gerontológico que establezca normas específicas en aras de fortalecer las garantías de acceso a la justicia de este colectivo, mediante la introducción en el proceso del *interés superior de la persona mayo*r, con un impulso procesal de oficio y amparado en el principio *in dubio pro accione*; así como la tramitación del procedimiento sin dilaciones indebidas y la puesta en marcha un marco legal que fije un proceso más rápido, son los objetivos que los textos internacionales más avanzados en la materia establecen y a los que nuestro legislador debería aspirar.

Tercera. Destaca y se cuestiona la división de las personas mayores en dos subgrupos dentro del mismo colectivo vulnerable (según superen o no los ochenta años). Cuando ser partícipe de uno u otro no obsta para necesitar las mismas medidas y ajustes, algunas solo expresamente reconocidas para los más ancianos. Además, solo serán acordadas de oficio para estos últimos, debiendo solicitarse a instancia de parte en el resto de casos (en cualquier momento), sin que tampoco opere la subsanación de oficio.

Cuarta. Las medidas de alcance y adaptación se clasifican en cuatro grupos: físicas (como la accesibilidad en los juzgados, la señalización o un entorno adecuado, de ahí que permitan solicitarse los señalamientos a primera hora), jurídicas (como el derecho a entender y ser entendido), tecnológicas (como la creación del EVID y la Carpeta Justicia) y de apoyo con terceros (como el acompañamiento de una persona de confianza o el facilitador). Todas ellas tienen como finalidad garantizar la igualdad de las personas mayores adultas en su acceso a la justicia y a su entorno.

Quinta. La brecha digital existe y, si perdemos de vista que las personas mayores no son nativos digitales y que precisan de una mínima formación para tener las competencias suficientes para actuar con solvencia, va a resulta difícil que puedan desenvolverse con autonomía en este ámbito tecnológico. Donde, además de contar con dispositivos electrónicos y conexión a internet, deben utilizar claves especiales y acceder a plataformas que no conocen. La ayuda por parte de terceros, así como la colaboración de los distintos operadores jurídicos coadyuvaría a reducir distancias.

Sexta. Es una garantía del derecho de acceso a la justicia de las personas mayores la obtención de una resolución dentro de un proceso cuya tramitación sea preferente y se desarrolle sin dilaciones indebidas. El menor tiempo de respuesta para este colectivo es crucial y ello exige tratamiento preferencial.

El balance realizado da un resultado positivo. Si bien, a la espera de que nuestro legislador plasme definitivamente las propuestas apuntadas.

V. Bibliografía

ACLE MAUTONE, Y JACKSON BERTÓN, MATÍAS, «Innovar en igualdad: el acceso a la justicia y las personas mayores», en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho CLAEH, año II, núm. 2, 27-50*, 2023.

CATALÁN CHAMORRO, M.J., *Revista General de Derecho Procesal núm. 63,* «La nueva tutela judicial y extrajudicial de las personas mayores, mayo 2024.

DÍAZ-TENDERO BOLLAÍN, AÍDA Y FLORES GIMÉNEZ, FERNANDO, *Informe del Observatorio del Edadismo*, «Las personas mayores y el derecho de acceso a la justicia. A partir de las Reglas de Brasilia y otros instrumentos internacionales», octubre 2024.

DÍAZ-TENDERO BOLLAÍN, AÍDA *Derechos humanos de las personas mayores,* Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia núm. 11, CDMX, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019.

FONT DE MORA, JAIME «El impacto de la edad en el proceso civil tras el RDL 6/2023», Blog Sepin Editorial Jurídica (última visita: marzo 2025)

GIMÉNEZ GLUCK, DAVID «Igualdad y no discriminación del as personas mayores» (última visita: marzo 2025).

GUERRA PÉREZ, MIGUEL, «El Abogado práctico II: OTROSÍES inútiles o cuestionables», Blog Sepin Editorial Jurídica, 2023 (última visita: marzo 2025).

Informes. Envejecimiento en red. Núm. 33, «Un perfil de las personas mayores en España 2024. Indicadores Estadísticos Básicos», diciembre 2024 (ISSN: 2340-566X).

MARTÍNEZ GARAY, LUCÍA, «Peligrosidad, algoritmos y Due Process: el Caso State V Loomis», en *Revista de Derecho Penal y Criminología nº 20 (julio de 2018), págs. 485-502).*

PÉREZ CÁZARES, MARTÍN EDUARDO, «El acceso a la justicia de las personas adultas mayores. El Nuevo Derecho Procesal Geriátrico» en *Trayectorias Humanas Trascontinentales num. 5,* 2019 (https://www.unilim.fr/trahs/1409) (última visita: marzo, 2025).

SERRANO MASIP, MERCEDES, «La vulnerabilidad por razón de edad en la apreciación por el TED del incumplimiento del «plazo razonable», en *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2021.

EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA PROCESAL POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD

De la incapacitación al sistema de apoyo a las personas con discapacidad: evolución histórica

Rafael Cabrera Mercado
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Jaén

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DEL DERECHO ROMANO A LAS PARTIDAS Y AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851, *1. El Derecho Romano. 2. Partidas de Alfonso X el Sabio. 3. Proyecto de Código civil de 1851*. III. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1855. IV. REGULACIÓN DE LA INCAPACITACIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1.881 Y EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1889. *1. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. 2. El Código Civil de 1889*. V. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE INCAPACIDAD/DISCAPACIDAD DESDE LA REFORMA DE CÓDIGO CIVIL DE 1983 HASTA LA LEY 8/2021. VI. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LA ONU DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006.

I. Introducción

Entendemos que es necesario adentrarnos—aunque sea de una forma somera— en el estudio histórico del procedimiento que ha habido en España a lo largo del tiempo para declarar la incapacidad civil de una persona por motivo de enfermedad grave y persistente, psíquica o física, que alterara de tal manera su capacidad intelectiva y volitiva que necesitara una protección y apoyos con respecto a su persona y a su eventual patrimonio. Como cada periodo, cada institución tiene sus raíces en épocas anteriores, en una serie de estados anteriores, por lo que su conocimiento nos hará más comprensible la realidad actual del instituto en cuestión.

Durante muchos siglos nuestras leyes se han ocupado, de modo exclusivo, de la tutela y curatela de los discapacitados y no, en cambio, de la declaración previa de incapacidad. Incluso cuando a mediados del siglo XIX dejara claro el legislador que la incapacitación judicial era el presupuesto necesario para la constitución de cualquier figura tuitiva, se limitó a enunciar esta necesidad

como si se tratara de algo sencillamente realizable que no precisara de mayores concreciones legales.[1]

El precedente histórico de derecho positivo inmediato hasta la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 —que es al que nos referimos en el párrafo anterior— son las Partidas de Alfonso X el Sabio que vieron la luz hace casi siete siglos y medio, las cuales, no hacen referencia al procedimiento en concreto a seguir para declarar incapaz al enfermo mental, aunque sí a unas generales intervenciones del juez cuando se trata de incapacitar. Antecedentes del texto alfonsino, los encontramos en el Derecho romano y en el visigodo y a ellos dedicaremos algunas líneas. Por su importancia nos detendremos más en el estudio de la LEC de 1855 y, sobre todo, en las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en el Código Civil de 1889 que estuvieron vigentes casi un siglo. Por último, nos ocuparemos de la reforma del Código Civil en materia de tutela de 1983 y de la de 1984 de la Ley procesal civil. Esperemos que esta referencia histórica haga más comprensible la realidad actual de la regulación existente en nuestro país.[2]

Ahora que se ha instaurado como preferente que la persona discapacitada pueda establecer previamente y de forma voluntaria ante notario las medidas de apoyo que considere necesarias, y que se fijarán judicialmente solamente cuando aquellas no existan o sean insuficientes a través de un expediente de jurisdicción voluntaria establecido en el art. 42 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y que solo en el caso de que existiera oposición se podría acudir al proceso especial contradictorio previsto en el Libro IV de la LEC 2000, podemos afirmar que históricamente —aunque basándose en postulados y efetos distintos— el acudir a la jurisdicción voluntaria ha sido bastante recurrente y habitual.[3]

---

1. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., «Los procesos de incapacitación», en la obra colectiva *La personalidad civil*, Barcelona, 1984.

2. De manera más extensa, puede verse CABRERA MERCADO, R.: *El proceso de incapacitación*, Edit. McGraw Hill, Madrid, 1997.

3. BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre los procesos de incapacitación: Cuestiones controvertidas y posible retorno a la jurisdicción voluntaria», *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 269-274, especialmente, preconizaba, después de corroborar que el legislador de la LEC 2000 optó por configurar el proceso de incapacitación solamente como un juicio contencioso, «que quizá sea el momento de replantearse si esa opción legislativa sigue siendo la idónea para todos los casos que dan lugar a una incapacitación».

II. Del derecho romano a las partidas y al proyecto de código civil de 1851

1. El Derecho Romano

Como hemos aseverado al inicio, desde el punto de vista histórico, nuestro Derecho positivo se ocupó, de modo exclusivo, de la regulación de la tutela o curatela de incapaces y no, en cambio, de la declaración judicial de incapacidad que debería ser su precedente o presupuesto inmediato.

Así, el Derecho romano no requería la intervención o la decisión de la autoridad judicial para declarar que una determinada persona era incapaz para regir su persona y sus bienes; al surgir la enfermedad mental, el demente pasaba a ser incapaz *ipso iure*. El nombramiento de tutor o curador se hacía depender del *hecho natural* de la incapacidad.

En las XII Tablas, V,7 a, se decía: «*Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*», por lo que D'Ors (Álvaro) señalaba que «como institución para la protección de patrimonios de incapaces, la curatela tiene su origen en la ley decenviral que da al agnado próximo una potestas sobre el declarado loco y su patrimonio. El curador de un loco tiene que actuar siempre en lugar del incapaz».[4]

Si la imprecisión del concepto de locura no desaparece en los siglos siguientes, la recepción del derecho común supone, en cambio, una apreciación objetiva de la misma. Se atenderá más a los efectos que produce la locura que a las causas que la producen. Los efectos principales a tener en cuenta por el derecho serían los que perturban la inteligencia y, por consiguiente, la libertad y la capacidad volitiva. De acuerdo con ello, se limitan a señalar en los textos legales las incapacidades que pesan sobre los que padecen locura, pero no concretan tampoco el procedimiento para llegar a la inhabilitación de los mismos.[5]

---

4. D'ORS, A.: *Elementos de Derecho privado Romano* (2ª ed.), Pamplona, 1975, págs. 165-166. No obstante, sobre el significado del término *furiosus*, el cual se transmitió a nuestro derecho patrio, hubo una interesante disputa. Ver, al respecto, D'ORS, XAVIER, «Una recapitulación sobre XII TABLAS V.7a: «SI FURIOSUS ESCIT...'', Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (sección Derecho Romano) XVII, 1995. Valparaíso, Chile.

5. Hasta que no aparece el término discapacidad u otros similares referentes a la salud mental, los utilizados en los textos jurídicos pueden parecernos en la actualidad, sin duda, términos despectivos, estigmatizadores y peyorativos: adjetivaban un estado de salud que ha ido evolucionando a lo largo de los siglos. Por eso, respetaremos la literalidad de esos textos escritos hace mucho tiempo sabedores que es un indicativo de desconocimiento y de la falta de delicadeza y respeto—desprecio, en algunos acasos— ante la situación de las personas discapacitadas.

2. Partidas de Alfonso X el Sabio

En las Partidas, aunque existe una cierta regulación de la tutela y de la curatela y de quiénes pueden ser incapacitados por enfermedad mental, sigue sin concretarse la norma, el procedimiento, por el que se substanciaría la incapacitación.

Dice la Ley 13, tít. 16, Part. VI: «*Curadores son llamados en latín aquellos que dan por guardadores a los mayores de 14 años, e menores de 25 años, seyendo en su acuerdo. E aun a los que fuesen mayores, seyendo locos o desmemoriados.*» Por *locos* y *desmemoriados* hay que entender a cualquiera que padece de enajenación mental, en cualquiera de sus grados de imbecilidad, demencia o furor, según la terminología utilizada en el siglo XIX.[6] También hay otras personas que están sujetas a curatela como los sordomudos y los pródigos. Respecto a los sordomudos, debe entenderse de aquellos que carecen de perfecto entendimiento pues si tienen la inteligencia suficiente para gobernarse por sí mismos no deben dársele curador.[7]

No obstante, se puede colegir del nombramiento de curadores *ejemplares* que regula dicho cuerpo legal, que existía una cierta intervención del juez muy genérica, nada reglada, nada garantista, para constatar el alcance de la enfermedad del *loco o desmemoriado*. En definitiva, el juez competente que tiene conocimiento de la existencia de un presunto incapaz, de oficio o a instancia de parte, debe como mínimo examinarlo, tomar declaración a dos testigos al menos y, en su caso, recabar informe de uno o varios facultativos los cuales, teniendo en cuenta la poca evolución de la medicina en la época que estamos comentando, no se apartaría mucho de lo que pudieran decir los testigos. Serían tomados como testigos cualificados, si se quiere.

Además, no sólo tendrían facultades los jueces de la legislación vigente en algunos períodos históricos; los alcaldes intervendrían en esas decisiones por las facultades que tenían conferidas para conocer de ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria que pasarían a conocimiento y resolución judicial si surgiera oposición. Por tanto, no nos ha de extrañar que autoridades no judiciales tuvieran acceso a incapacitar a una persona presuntamente enajenada mental, y que la resolución dimanante del expediente incoado en su día —no discutido— tuviera plenos efectos civiles, lo cual no deja de ser sorprendente.

---

6. MANRESA Y REUS: *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y esplicada* (sic), Madrid, 1861, Tomo V, pág. 84.

7. Cfr. Ley 60, tit. 18, Part. III y Ley 5ª, tit. 11, Part. V, respectivamente.

3. Proyecto de Código civil de 1851

Estando así las cosas, hemos de dar un salto en el tiempo para encontrarnos un trato legal del proceso de incapacitación más adecuado a las consecuencias jurídicas —personales y patrimoniales— que produce. Y antes de pasar a la regulación que del mismo se hace en la primera Ley procesal civil que ve la luz en España, nos detenemos en el Proyecto de Código civil de 1851. Nunca llegó a ser ley, pero será fundamental en nuestra historia jurídica por ser el antecedente inmediato legalmente reconocido de nuestro Código civil y sus soluciones impregnarán tanto la doctrina científica como incluso la jurisprudencial.[8]

Aunque no llegó nunca a estar vigente, el Proyecto de Código civil de 1851 sí que —por primera vez en España— contiene una serie de normas sustantivas y procesales concretas que prevén cómo actuar en caso de estimar oportuna la declaración de incapacidad de una determinada persona. Se trata de un procedimiento contradictorio ordinario en donde —quizá de una forma rudimentaria y genérica— se establece la iniciación del proceso, la competencia objetiva y territorial, la intervención de las partes, del Promotor Fiscal, la actuación del Juez, el desarrollo, la sentencia y los medios de impugnación a la misma (artículos 278-288 Proyecto).

Evidentemente en el estudio de concordancias que hace García Goyena[9] del contenido de esos preceptos, no señala ningún precedente del derecho hispano. Como hemos señalado, simplemente no lo había con tal detalle. Entonces, ¿en dónde buscó el prelegislador de 1851 esas ideas novedosas con respecto a la incapacitación? Pues sin duda se debió a la influencia del Código civil de Napoleón de 1804, que también dejó su huella en otras codificaciones como la alemana, de Países Bajos, Luxemburgo, Italia, etc. De hecho, por lo se desprende de los comentarios que hace Goyena a las referencias del *Code* francés, prácticamente se reproduce casi todo el articulado referente a la declaración de incapacidad para insertarlo en el pretendido Código civil español. Existe, por tanto, una clara influencia francesa en lo referente a la incapacitación, aunque aquí atemperada por una utilización del derecho español anterior.

---

8. Cfr, DE CASTRO BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Madrid, 1949, tomo I, pág. 190; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, 1949, tomo I, pág. 60.

9. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1853, págs. 267 y ss.

III. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855

El modelo procesal para incapacitar pretendido por el Proyecto de Código Civil no se aceptó y, cuatro años más tarde, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 va a inaugurar un nuevo procedimiento con ese objetivo, pero sometiéndolo a las normas de jurisdicción voluntaria. La sección III, del título III del libro IV, que es el referente a dicha jurisdicción, regula el nombramiento de curadores ejemplares y se habla de su presupuesto inmediato: la incapacitación de personas físicas. Es aquí, la primera vez que en la Historia del Derecho español se prevé, aunque sea de forma confusa e insuficiente, la judicialización de la incapacitación del demente. A través de un expediente que va a tener la rara particularidad de no transformarse en contencioso, aunque exista oposición, se dictará una providencia que declarará si se da o no *justificación cumplida* de la incapacidad del sujeto en cuestión. Dicha resolución podrá ser susceptible de apelación y de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

En concreto, los únicos artículos que pertenecen a una ley procesal civil —por su carácter de adjetivos, se entiende— son el art. 1243 y el 1244.

El artículo 1243 decía así:

> «El nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el Juez del domicilio que lo necesitase, luego que tenga noticia de su incapacidad».

Y el artículo 1244 así:

> «*A este nombramiento deberá proceder justificación cumplida de incapacitación*».

Como podemos deducir sin gran esfuerzo intelectual de la lectura de esos dos artículos, la declaración de incapacidad queda como en un segundo plano. Lo verdaderamente importante para el legislador es el nombramiento de curador ejemplar, porque se piensa—o al menos esa es la impresión que da— que no va a existir excesiva dificultad para determinar la locura o demencia de una persona. En la práctica, el requisito de incapacidad se entendía cumplido con una declaración de incapacidad más o menos apresurada y sin excesivos rigorismos formales. Da el legislador a la incapacidad el tratamiento de un hecho jurídico producido, que habría ya originado consecuencias jurídicas y simplemente debía ser acreditado, eso sí, cumplidamente, según la terminología del artículo 1244.

Los operadores jurídicos de la época, que padecieron esta regulación tan parca e imprecisa, no se pusieron de acuerdo sobre qué era exactamente y qué naturaleza tenía esa *justificación cumplida* de la incapacidad; y, sobre todo, cómo debía sustanciarse, por lo que en la práctica había una gran discrecionalidad y

un amplio margen de maniobrabilidad por parte del juez que no disponía de normas concretas de procedimiento, salvo las escuetas que existían dentro de la normativa general aplicable a la jurisdicción voluntaria.

En particular, se sujetaban a las disposiciones generales relativas a esta jurisdicción previstas en los artículos 1208 y 1209: declaración de testigos (de probidad e imparciales de la incapacidad), reconocimiento por dos facultativos, examen por parte del juez del presunto incapaz con presencia del promotor fiscal. Si resultaba cumplidamente justificada la incapacidad, el juez declarándolo así en providencia fundada —que es la forma de terminación normal de los expedientes de jurisdicción voluntaria en la LEC 1855— hará el nombramiento de curador ejemplar.

Pero, como hemos puesto de manifiesto más arriba, este expediente va a tener la rara particularidad de no transformarse en contencioso, aunque exista oposición. En efecto, la LEC de 1855 aunque en sus normas generales prevén que los expedientes de jurisdicción voluntaria se tornarían contenciosos si hubiera oposición respecto al nombramiento de tutores y curadores para bienes y pleitos (arts. 1230, 1236 y 1260), sin embargo, acerca del nombramiento de curadores ejemplares no prevé lo mismo cuando, en nuestra opinión, habría más necesidad de ello en este que en aquellos. Esta previsión se trata de paliar en la ley, paradójicamente, abriendo la posibilidad de un sistema de recursos amplio y completo. La providencia dictada en el expediente podía recurrirse en apelación (regla 11 del art. 1208) ante la Audiencia Provincial respectiva y contra las sentencias que dictaren las audiencias provinciales se podía interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo que se sustanciaría, en general, conforme a lo previsto para la casación en sede contenciosa (regla 14 del art. 1208).

Esta regulación de la LEC de 1855—muy criticada por los juristas de la época— supone, no obstante, un avance con referencia a la legislación que durante muchos siglos imperó en España sobre el modo de proceder a la incapacitación del sordomudo y del «*disminuido psíquico*», o «*loco, demente, desmemoriado, imbécil, fatuo, furioso*», como se le denomina por el legislador de forma nada delicada y respetuosa pero significativa del tratamiento que se va a dar en esas épocas y que, evidentemente, tiene un fiel reflejo en el derecho aplicable.

IV. Regulación de la incapacitación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en el Código Civil de 1889

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se pueden encontrar dos preceptos en los que de forma indirecta hay una referencia a la incapacitación. Son los arts. 1847 y 1848, que no fijan un procedimiento claro y preciso, sino que rea-

lizan una remisión genérica a un *antejuicio*, amorfo e indeterminado, en donde se *acreditará sumariamente* la demencia de una determinada persona con la finalidad de proveer de curador ejemplar interino al que no puede ejercitar plenamente su capacidad de obrar. De este modo, en un sencillo acto de jurisdicción voluntaria, llevado a cabo ante el Juez de Primera Instancia se declara la incapacidad de una persona. Si los intervinientes no estuvieren de acuerdo con el contenido del auto dictado, podrían acudir al juicio correspondiente que en esos tiempos sería el declarativo de mayor cuantía. Todo ello, sin perjuicio de poder conseguir la citada declaración de incapacidad, de acuerdo con el citado art. 1.847 y del art. 483.3° LEC, por los trámites del juicio de mayor cuantía.

Con la promulgación del Código civil en 1889 se va a establecer el principio contrario que quiso instaurar tibiamente el legislador procesal de 1881, aunque expresamente no hay derogación de los arts. 1847, 1848 y 483.3° LEC. En virtud del art. 218 CC «la declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente». Esta nueva indeterminación trajo consigo una diversidad de posiciones doctrinales y jurisprudenciales. El CC no expresa qué clase de proceso o procedimiento de los regulados en la LEC es el que ha de aplicarse para dictar una sentencia de incapacitación, lo cual llevó consigo una incertidumbre a los tribunales que en algunos casos siguieron los trámites de los incidentes con algunas especialidades con posibilidad de recurso y de un juicio de mayor cuantía posterior; en otros, las normas de la jurisdicción voluntaria y en otros, se inclinaron por un expediente sumario, breve, aun no estando regulado por la LEC y según las escasas normas contenidas en el CC.

Quizá pueda llamar la atención esta situación, pero hemos de dejar sentado desde el principio que ni con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 1881 ni con la del Código Civil en 1889, se aclaró el régimen procesal de la incapacitación. Antes, al contrario, se sumió a los Tribunales, a los juristas prácticos y teóricos y a los ciudadanos en una confusión absoluta. Prueba de ello, sirvan estas palabras escritas en el año 1906[10]: «Hágase en el Código, o elíjase como lugar más apropiado la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es la genuinamente destinada a fijar el modo de hacer efectivos los derechos, de ejercitar las acciones, ello es que urge, que se reclama imperiosamente la determinación clara y precisa del procedimiento que ha de seguirse en las declaraciones de incapacidad de los locos y sordomudos».

---

10. PÉREZ ARDÁ, E.: «Artículos 216, 217,218 y 219 del Código Civil», RGLJ, 1906, T. 109. p. 63. Para dejar constancia de esa caótica situación, señala que «las sentencias emanadas del Supremo Tribunal de Justicia en 21.10.1897 y 14.2.1903, dan clarísima idea de esas confusiones y dudas apuntadas, y si fuese tarea fácil la de consultar los archivos de la Audiencias y Juzgados de primera instancia, la demostración sería mucho más elocuente y dolorosa».

1. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

En el capítulo anterior hemos visto la insuficiente regulación que, sobre la manera de llegar a la incapacitación, tenía la LEC de 1855. Pues bien, atendiendo a las críticas que se hicieron en su momento, el legislador procesal de 1881 se puede afirmar que tímidamente modificó el sistema para incapacitar, pero lo hizo nuevamente de forma incompleta y sin introducir ningún procedimiento especial provisto de las garantías que merece tener la materia que va a ser objeto de la actuación jurisdiccional. Al menos, se prosigue con la necesidad —inaugurada en nuestro Derecho con la LEC de 1855— de que para la declaración de incapacitación sea necesario un pronunciamiento por parte del órgano judicial competente.

En la LEC de 1881 podemos encontrar dos preceptos, como antes señalábamos, en los que de forma indirecta hay una referencia a la declaración de incapacidad: a) el art. 1847, que establecía que «*el Juez competente, a cuyo conocimiento llegue que alguna persona ha sido declarada, por sentencia firme, incapacitada para administrar sus bienes, le nombrará curador ejemplar, encabezando el expediente con testimonio de dicha sentencia*»; y, b) el art. 1848, al prescribir que «*cuando la incapacidad por causa de demencia no resulte declarada en sentencia firme, se acreditará sumariamente en un antejuicio y se nombrará un curador ejemplar interino, reservando a las partes el derecho que pueda asistirles en el juicio correspondiente*».

Como se puede observar, la referencia al proceso de incapacitación es tan parca que se puede afirmar que España sigue huérfana de legislación procesal al respecto[11]. No se fija un procedimiento claro y preciso, con plazos, términos y fórmulas de encauzamiento de los intervinientes en el proceso, sino que se realiza una remisión genérica en el art. 1848 a un *antejuicio* en donde se *acreditará sumariamente* la demencia de una determinada persona. La finalidad de esa acreditación sumaria es la de proveer de curador ejemplar interino al que no puede ejercitar plenamente su capacidad de obrar por padecer demencia. Se entiende que la protección de los bienes y de la persona del *loco* exige una actuación inmediata, rápida y eficaz. De este modo, en un sencillo acto de jurisdicción voluntaria, llevado a cabo ante el Juez de Primera Instancia compe-

11. Cfr. PÉREZ GORDO, A.: «El juicio de incapacitación de las personas físicas», RDProcIb, 1980, p. 730. También, GRANADOS, E.: «El proceso de declaración de incapacidad (conveniencia de que se unifiquen los criterios frente al vacío de normas procesales que sean adecuadas al trámite de declaración de incapacidad)». RJC, 1962, p. 609. El subtítulo del artículo es significativo por sí mismo.

tente por razón del lugar conforme a la regla 17 del art. 63 LEC, se declara la incapacidad de una persona[12].

Sin embargo, el término *antejuicio* no designa ningún tipo procedimental específico dentro de los civiles, con lo que remitir la declaración de incapacidad a un antejuicio es dejarla en la más completa indeterminación.

La indeterminación y la incertidumbre sin duda existen, y sólo la ubicación del art. 1848 dentro de la jurisdicción voluntaria no puede dar pie a afirmar taxativamente que se llevara a cabo el antejuicio por las normas de dicha jurisdicción. De hecho, en la práctica judicial, el procedimiento a seguir se va a separar de las mencionadas normas, adquiriendo, por sus peculiaridades, tintes propios. Así, la oposición en el mismo, no provoca que se haga contencioso y que haya que sujetarse, por tanto, a los trámites establecidos para el juicio que corresponda. La actividad del Juez seguirá hacía delante hasta dictar auto, resolviendo sobre el fondo. Sólo en ese instante, las partes o, para ser más exactos, los intervinientes, si no estuvieran de acuerdo con la resolución judicial dictada, podrían acudir al juicio correspondiente, que en nuestro caso sería el de mayor cuantía. El antejuicio se va a desarrollar de acuerdo con las circunstancias reales del caso de que se trate. No se prevé en la Ley una tramitación especial que encierre la actividad jurisdiccional en moldes preestablecidos, no se señalan plazos ni actividad procedimental concreta y se deja al buen sentido del Juez—confiados en su buen oficio—, el llevar a cabo los actos adecuados al fin propuesto.

No obstante, el trámite del antejuicio entendemos que debería ser totalmente excepcional. Es decir, como establece el mencionado art. 1848 LEC sólo se acreditará sumariamente la incapacidad por demencia, cuando esta *no haya sido declarada en sentencia firme*. Por tanto, lo normal sería que el cauce procesal para la incapacitación fuera el previsto en el entonces vigente art. 483, 3º LEC, que señalaba que por los trámites del juicio de mayor cuantía se ventilarían las demandas que versen sobre el estado civil y condición de las personas. Avala esta afirmación el anteriormente descrito art. 1847, primero de los dedicados por la LEC al nombramiento de curadores ejemplares, cuando condiciona el nombramiento de ese órgano tuitivo a que la persona haya sido incapacitada en virtud de sentencia firme. De este modo, el juicio de mayor cuantía se alza como el cauce procesal querido por el legislador de 1881 para llevar a cabo las incapacitaciones que se pudieran presentar.

---

12. Cfr., por ejemplo, ORTEGA LORCA, F.: «Algunas cuestiones prácticas en relación con las declaraciones de incapacidad y de reintegración a la capacidad de los imbéciles y de los locos o dementes», RGLJ, T. 171, 1942. pp. 510-514, especialmente, en donde señala el procedimiento a seguir en el caso de aplicación del art. 1848 LEC.

Una solución que no nos parece mala, pero sí inadecuada. Por un lado, se elimina ese pseudo-proceso establecido en la LEC de 1855 instaurando como camino procedimental nada menos que el juicio declarativo ordinario por excelencia en aquellas fechas, por lo que se le rodea a la incapacitación de todas las garantías posibles. Pero, por otro, hay que manifestar que el excesivo formalismo y la lentitud consustancial al juicio de mayor cuantía, van a encarecer y entorpecer en demasía la agilidad que se requiere por razones obvias para, cuanto antes, declarar incapaz a una persona. Una vez más, las variadas e importantes especialidades que forzosamente tiene el juicio de incapacitación, que chocan frontalmente con los principios inspiradores del juicio declarativo, no se tuvieron para nada en cuenta. Si la LEC de 1855 pecó por defecto en la regulación procesal de la incapacitación, la de 1881 lo hizo por exceso.

Quizá fueran estas circunstancias las que llevaron a que lo que debería haber sido la excepción, se convirtiera en regla. La declaración sumaria llevada a cabo por medio de ese peculiar, amorfo e indeterminado *antejuicio* va a ser a la postre el cauce normal para acreditar la incapacitación de una persona. De esta manera tan poco garantista como rápida y menos onerosa, se acudía al art. 1848 LEC, obviando la necesidad previa de una sentencia firme declarando la incapacidad dictada en el juicio de mayor cuantía, para nombrar curador ejemplar. En definitiva, por medio de un expediente de jurisdicción voluntaria en el que la oposición suscitada no tiene el efecto de volver contencioso el expediente, se va a incapacitar a los dementes[13], aunque quedaba la posibilidad, al que hubiese sido sumariamente incapacitado, de acudir al juicio declarativo previsto para resolver dicha materia, que no era otro que el premioso juicio de mayor cuantía.

2. El Código Civil de 1889

Esta situación legal desafortunada duró poco tiempo, ya que con la promulgación del Código Civil por el Real Decreto de 24 de julio de 1889, se van a introducir una serie de normas sustantivas y también procesales referentes a la incapacitación[14] que lejos de aclarar y mejorar las existentes, lograron que hasta

13. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del juicio sumario de incapacitación», Justicia-82. pp. 39-40.

14. En concreto, el CC de 1889, en su versión originaria, recogía la incapacitación de las personas físicas en los arts. 213 a 219, cuando la causa de la misma la constituye la enfermedad, que es el motivo fundamental que nos interesa ahora. Además, hay que tener en cuenta que el art. 200, 2º CC declaraba que estaban sujetos a tutela «los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir»; y que, el propio 213 CC establece que para que proceda dicho nombramiento de tutor, antes ha de declararse judicialmente que una determinada persona es incapaz para administrar sus bienes. Como se ve, sigue contemplándose la incapacitación desde una óptica patrimonialista, apreciable en la misma concepción de la tutela que el Código mantenía. Al respecto, Cfr. BER-

casi un siglo después—con la reforma parcial realizada en esta materia en el CC en 1983— no se haya conseguido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, una unificación de criterios con respecto a la tramitación procesal de la incapacitación. Por ello, uno de los juicios especiales o con especialidades que suscitaron más interés y, a la vez, posiciones encontradas por parte de la doctrina, haya sido el de incapacitación. El cúmulo de jurisprudencia contradictoria y doctrina fluctuante, más que aclarar oscureció la cuestión.

Es significativo, en este sentido, que PÉREZ GORDO[15] escribiera al inicio de la década de los ochenta del siglo pasado, que nos encontramos todavía a la doctrina *discutiendo* si este tipo de juicios deben encuadrarse dentro de la jurisdicción contenciosa o voluntaria; *tratando* de averiguar qué hay de jurisdiccionalidad en la actividad del Juez o Tribunal competente para conocer del juicio; *indagando* acerca de si las resoluciones que se dictan en materias de capacidad de las personas físicas producen o no los efectos de la cosa juzgada; *escudriñando* si en este tipo de juicios lo único que priva es el interés general o social o del Estado, o si, por el contrario, también son dignos de tutela los posibles intereses de los parientes o del propio incapaz; *elucubrando* incluso, sobre si el presunto incapaz, único sujeto necesario para la existencia del juicio, ya que no demandado, tiene o no derecho a defenderse, etc.

En consonancia con lo que en la práctica se realizaba—como hemos dicho más arriba—, el art. 218 CC va a establecer el principio contrario al que quiso instaurar tibiamente el legislador procesal de 1881. En virtud de ese artículo, «*la declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente*»[16]. Pero, formal y expresamente, en principio, no hay derogación de lo prescrito en los arts. 1847 y 1848 y 483, 3º de la LEC, por lo que se va a generar el problema evidente de averiguar, antes de cualquier análisis de las especialidades procedimentales, las fuentes legales reguladoras de dicho proceso. Desde el principio, ni siquiera hubo unanimidad de criterios en nuestro Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, la sentencia de 21 de octubre de 1897 afirma la vigencia de del art. 1848 de la Ley procesal, expresando terminantemente que después de la publicación del Código es posible obtener la declaración de incapacidad en expediente de jurisdicción voluntaria mientras no exista contradicción; y, en la de 14 de febrero

---

COVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho de la Persona.* Madrid, 1976. pp. 79-81; y, ROCA GUILLAMÓN, J.: *Comentario del Código Civil* (con otros autores). T. I. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991. p. 629.

15. PÉREZ GORDO, A.: «El juicio...», ob. cit., p. 726.

16. Como señaló GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*. Barcelona, 1992. p. 71, «es la primera vez que para considerar a una persona demente como incapaz, es necesaria previamente una declaración formal en ese sentido». Ahora bien, estamos de acuerdo con esta apreciación siempre que la circunscribiéramos al ámbito del Derecho civil o, mejor, del Código Civil. Como hemos visto, una *declaración formal* de incapacidad emanada de un órgano judicial, se exigía ya en las leyes procesales civiles de 1855 y 1882. Otra cosa será determinar cuál es el cauce procesal más adecuado y garantista hasta llegar a esa declaración.

de 1903 se asevera resueltamente lo contrario, sentando que en esta materia la *ley rituaria* fue derogada por el CC, y que la frase *deberá hacerse sumariamente* del art. 218, quiere decir que ha de seguirse la tramitación de los incidentes en las declaraciones de incapacidad[17].

Estando así las cosas, no es raro que hubiera una diversidad de posiciones doctrinales y jurisprudenciales—algunas antagónicas, como hemos visto— acerca de la naturaleza jurídica y del procedimiento concreto que habría de seguirse para las incapacitaciones y que podríamos sintetizar así[18]:

A) Por lo que se refiere a la doctrina científica, con base en la confusa normativa vigente entonces, hubo dos posturas fundamentalmente:

A.1. Los partidarios de catalogar como expedientes de jurisdicción voluntaria las declaraciones de incapacidad por locura y sordomudez. En caso de oposición de alguno de los interesados se continuaría la tramitación por el procedimiento declarativo correspondiente. Aunque en este punto también disienten, pues mientras algunos entienden que habría que seguir los trámites de los incidentes en aras a la mayor brevedad de los mismos, otros se muestran partidarios de que se ventilen por los trámites de mayor cuantía de acuerdo con lo previsto en el art. 483, 3º LEC. En esta postura no mayoritaria pero importante, se mantuvieron, entre otros, Pérez Ardá, Manresa, Reyes Monterreal, Menéndez Pidal, Bonet Ramón, Agúndez Fernández, Ferrer Martín, Vilar Badía, Fenech y Lete del Rio[19].

La argumentación que se da para fundamentar esta tesis es de lo más variado: así, que los juicios de incapacitación adoptan formas que no son compatibles con el proceso contencioso; que no hay lesión de un

17. Vid. ORTEGA LORCA, F.: *Examen de algunas cuestiones...*, ob. cit., pp. 507-509. A los pocos meses de haber entrado en vigor el CC, la Revista jurídica *La reforma Legislativa*, 1889, pp. 399, contesta una Consulta sobre *Tutela de incapacitados*, y de forma tangencial muestra que la duda ya existe: mientras el consultante cree que el «Código no ha derogado las disposiciones contenidas en los arts. 1847 y 1848 LEC», la redacción de la Revista opina, «con la vacilación que es natural en quien resuelve una duda relativa a una legislación nueva que aún no ha pasado por el crisol de la práctica», que existe una virtual derogación del precepto del art. 1848 LEC.

18. Como base para dicha síntesis, recogemos lo señalado al respecto por VILAR BADÍA, R.: «La protección jurídica del loco o demente y del deficiente mental», Pretor, n.º 67, 1972, pp. 113-140; RODRÍGUEZ ALIQUE, M.ª A.: «Reflexiones respecto del procedimiento de incapacitación previsto en el artículo 1848 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». RDProc., 1985. pp. 409-410; CASTRO GARCÍA, J.: *Procesos de incapacidad...*, ob. cit., pp. 46-55; SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Reflexiones sobre la naturaleza...», ob. cit., pp. 39-41.

19. LETE DEL RIO. J.M.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dirigidos por Albaladejo García, M.). T. IV. Madrid, 1985. p. 168, analizando la regulación vigente en ese momento, declara que «mucho más lógica era la declaración sumaria que exigía el derogado art. 218, referencia que había sido interpretada como de llamada a un procedimiento especial, breve y rápido, utilizándose la vía de la jurisdicción voluntaria en tanto no se producía oposición, y siguiéndose, en otro caso, el trámite de los incidentes». De la misma opinión, LÓPEZ SAIZ, I. Y CODÓN, J. M.ª.: *Psiquiatría jurídica penal y civil.* Vol. II. Burgos, 1969 (3ª ed.). p. 677.

derecho subjetivo por parte del que solicita la incapacitación, por lo que difícilmente puede haber acción; que no hay un contraste de intereses; que no existe una cosa juzgada sustancial, ni trasgresión de una norma jurídica; que no hay sustitución de la conducta del propio incapaz; que el único interés que existe es social o público detentado por el Estado; que el art. 219 CC, cuando se refiere a la resolución que pone fin al expediente, habla de *auto* y no de sentencia, que es como se resuelve cualquier asunto contencioso; que dicho artículo del Código habla de *expediente,* refiriéndose, cuando alude al juicio ordinario, a demanda, lo que demuestra que no desconoce la precisión técnica del modo de iniciarse uno y otro expediente y juicio; etc.[20].

A.2. Y, por otro lado, los partidarios de otorgar un carácter contencioso al proceso de incapacitación, aunque no existió acuerdo entre ellos sobre el cauce procesal más acorde con la peculiar naturaleza del objeto que se va a discutir ante el órgano jurisdiccional. Así, mientras unos se inclinan por entender que deberían llevarse dichos juicios por los trámites de incidentes (Mucius Scaevola, Alcalá-Zamora y Castillo, Gómez Orbaneja, Granados, Bercovitz Rodríguez-Cano, De Castro Bravo, etc.)[21], otros entienden que debería entrar en juego desde el inicio el juicio de mayor cuantía, aunque también se muestran de acuerdo en que se pueda declarar la incapacidad por incidentes o por jurisdicción voluntaria incluso, en el bien entendido que estas dos declaraciones serían interinas con respecto a la sentencia firme que se pudiera dictar posteriormente en un mayor cuantía (Ortega Lorca, Castán Tobeñas, De Buen, Fernández-Ballesteros López, etc.). Una tercera postura—dentro de los que admiten la contenciosidad de la incapacitación—, estaría representada por los que aseveran que las especialidades de la incapacitación son tan peculiares que no son subsumibles en ninguno de los procesos ordinarios o especiales previstos en la LEC, y que el CC lo que ha creado ha sido un camino peculiar en donde van a estar vigentes los principios del proceso inquisitorio que chocan con los que rigen en el declarativo. El procedimiento no tendría más límites que los marcados

---

20. También un sector importante de la doctrina italiana se decantó en su momento por encuadrar la incapacitación dentro de la jurisdicción voluntaria. Así, v.gr., CARNELUTTI, F.: *Lezioni di diritto processuale civile*. T. II. Padova, 1930. p. 130; REDENTI, E.: *Diritto proccesuale civile*. T. III. Milano, 1957. nº 252; POGGESCHI, R.: *Il processo d'interdizione e d'inabitazione*. Milano, 1958. pp. 11 y ss.; SATTA, S.: *Diritto processuale civile.* Padova, 1981 (9ª ed.). pp. 817-819; y, MICHELI: «Forma e sostanza nella giurisdizione volontaria». Riv.dir.proc., 1947. p. 109, nota 39.

21. Asimismo, en la RGLJ, T. 141, 1922. pp. 276-278, en la *Sección de Consultas* se contesta por la Redacción de la Revista a una de ellas, referente al pago de costas en un expediente de declaración de incapacitación. Y en la misma se dice—por lo que a nosotros interesa— que «la pretensión de incapacitación se tramitó como incidente o por las formas procesales de éste, según sostiene la mayoría de los comentaristas del Código Civil y, sobre todo, la Fiscalía del Tribunal Supremo».

en los arts. 214 y ss. CC; fuera de esto, el Juez poseería la más amplia libertad de movimientos[22].[23]

B) La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su lado, también fluctuó contradictoriamente entre unas y otras soluciones[24]. No son muy abundantes las sentencias dictadas por el Alto Tribunal sobre el tema objeto de nuestro estudio en aquellos años, pero resumidamente podemos señalar las siguientes:

B.1. Las resoluciones que se decantan por otorgar a la incapacitación el carácter de acto de jurisdicción voluntaria, aunque no estén sometidos, en algunos aspectos puntuales, a todo lo prescrito para dicha jurisdicción en las normas de la Ley procesal civil. Así, por ejemplo, podemos citar: el auto de 29 de octubre de1922 y las sentencias de 27 de octubre de1885, 21 de octubre de 897, 7 de marzo de 1905, 17 de abril de1914 y 6 de febrero de 1928. En todas ellas, se afirma que debe acudirse al procedimiento de jurisdicción voluntaria ya que el CC no ha derogado el art. 1848 LEC, sino que ha venido a confirmarlo y a añadir algunos trámites que completen la vaguedad de este. Además, parece lógico que sea así, porque por medio de un expediente de jurisdicción voluntaria se ventilan también el nombramiento de tutores y curadores. En caso de surgir oposición, se hará contencioso el expediente y se seguirán los trámites de los incidentes, al parecer por aplicación del art. 1873 LEC.

B.2. Las que entienden que la declaración de la incapacidad necesita de la contenciosidad y dado que ha de ser sumario el procedimiento por exigencia del CC, el cauce más adecuado es el de los incidentes regulados en los arts. 741 y ss. de la LEC, con las peculiaridades recogidas en los

---

22. El autor que marca la pauta desde el principio de esta postura es DE LA PLAZA, M.: «El régimen procesal de la declaración de la incapacidad», RDP, 1946. pp. 60 y ss., y en *Derecho Procesal Civil.* Madrid, 1951, en donde recoge las teorías y fundamentaciones de CALAMANDREI, P.: *Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio*, en *Estudios sobre el proceso civil* (trad. Sentís Melendo, S.). Buenos Aires, 1945. pp. 225 y ss. Le siguen, p. ej., GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, GONZÁLEZ ALEGRE, FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, CARRETERO PÉREZ, RAMOS MÉNDEZ, SERRA DOMÍNGUEZ, PÉREZ GORDO y, por su parte, PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L.: *Tratado de Derecho procesal civil.* T. II. Pamplona, 1985 (2ª ed.). p. 232, y en *Derecho procesal civil*. Madrid, 1989 (5ª ed.). pp. 384 y ss., sostiene que «la normativa anterior a la Novela de 1983, venía a ordenar un procedimiento urgente que, si se prescindía de la rémora de la formación del Consejo de familia, había de calificar de satisfactorio: declaración sumaria, audiencia judicial del citado Consejo y examen por el Juez del incapacitando e informes médicos. A este procedimiento de declaración inmediata, podía seguirle el contradictorio o definitivo de incapacidad».

23. En Italia también hubo un importante grupo de autores que defendieron la naturaleza contenciosa de la incapacitación: CHIOVENDA, ALLORIO, CALAMANDREI, IANNIRUBERTO, entre otros.

24. Refiriéndonos a Italia nuevamente, la jurisprudencia, en los pocos casos en los que ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto—como ocurre en España, como hemos comprobado—, se mostró no menos vacilante que la doctrina, aunque en los últimos años del siglo pasado optó por decantarse a favor de la naturaleza voluntaria, aunque con especialidades importantes, de los procesos de interdicción y de inhabilitación. Cfr. para ver elenco seleccionado de sentencias de Tribunales italianos, en CARPI, F., COLESANTI, V. Y TARUFFO, M.: *Commentario breve al Codice di procedura civile.* Padova, 1984. pp. 712 y ss.; y CIAN, G. Y TRABUCCHI, A.: *Commentario breve al Codice civile.* Padova, 1988. pp. 375 y ss.

arts. 216 y 217 CC: audiencia del Consejo de familia y examen por el Juez del presunto incapaz. Esta línea de interpretación parece que es la más seguida por el Tribunal Supremo en ese casi un siglo de disputas, y la recoge en un buen número de sentencias. En casi todas ellas se declara expresamente que el Código ha derogado el art. 1848 LEC, por lo que no cabe el simple expediente de jurisdicción voluntaria para declarar la incapacidad de una persona. Entre otras, podemos mencionar las sentencias de 12 de junio de1894, 3 de diciembre de 1896, 4 de enero de 1902, 14 de febrero de 1903, 14 de febrero de 1904, 17 de diciembre de 1914, 29 de noviembre de 1922, 27 de abril de 1932, 6 de febrero de y 27 de abril de 1968. Además, los autos de 29 de noviembre de 1922 y 6 de octubre de 1923 también se pronuncian en igual sentido. Y, a mayor abundamiento, la Fiscalía del Tribunal Supremo, por ejemplo, en una antigua Circular de 25 de enero de 1894, corroboraba esta opinión jurisprudencial sobre la conveniencia de seguir los trámites de los incidentes para la incapacitación.

Una interpretación pretendidamente conciliadora, si pudiéramos hablar así, entre las dos posturas antagónicas descritas, la da aisladamente la sentencia de 21 de octubre de 1897 en donde se dice que se puede obtener la declaración de incapacidad por medio de un acto de jurisdicción voluntaria (art. 1848 LEC) o sumariamente, a través de los incidentes (art. 218 CC). También recoge dicha posibilidad el TS en el auto de 31 de enero de1942, pero esta vez —para mayor confusión— otorgaba compatibilidad al juicio de mayor cuantía y al procedimiento sumario.

B.3. Sin embargo, va a ser la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1949 la que, recogiendo una tendencia distinta a la que había imperado en aquellos tiempos, introduzca unos nuevos elementos para la discusión. Aunque dicha resolución es muy comentada por los autores y referencia obligada en casi todos los posteriores trabajos sobre incapacitación, la verdad es que no acaba de delimitar del todo la naturaleza jurídica del juicio de incapacitación ni cómo se haya de llevar—procesalmente hablando— el mencionado pleito. No obstante, es una sentencia que va a influir muy positivamente—más teóricamente que en la práctica— marcando el inicio del camino para una positiva reforma, la cual se ve desde entonces como totalmente necesaria, aunque tarde casi cuarenta años en producirse.

En la sentencia de 1949, el TS declara, resolviendo una cuestión de competencia, que «la llamada jurisdicción voluntaria no extiende su esfera de acción a los procedimientos en que se solicita la declaración de incapacidad de una persona para administrar sus bienes, porque tal pretensión no se traduce en mera comprobación *inter volentes*, sino que implica en su resolución ejercicio

del *ius discere*, como controversia judicial entre partes conocidas y determinadas, que entra de lleno en el ámbito del procedimiento civil contencioso o jurisdiccional *stricto sensu*, según se infiere de los términos en que están concebidos los arts. 481, 483, 3º, 1181 y 1873 de la LEC, cuyas normas sobre nombramiento de curador ejemplar, encuadradas en su Libro III, que gobiernan los actos de jurisdicción voluntaria, han sido modificadas por los artículos 213 y 218 CC, carentes aún de adecuado trámite procesal; pero aunque estuvieran en pleno vigor aquellas normas, claramente se apreciaría que las contenidas en los artículos 1847 y 1848 repelen el procedimiento para nombrar curador—hoy tutor—, sólo aplicables si existe una previa declaración de incapacidad por sentencia firme, y para el caso de que aún no esté declarada en tal forma dicha incapacidad, será preciso obtenerla sumariamente en un antejuicio que habrá de ser de naturaleza contenciosa por la índole de la resolución que requiere, definidora de la situación jurídica de capacidad o incapacidad sometida a decisión judicial».

El antecedente jurisprudencial lo tenemos tímidamente incoado en la sentencia de 5 de marzo de 1947[25] al señalar que «en materia de guarda la intervención judicial reviste un carácter activo, pudiendo ser ejercitada por iniciativa propia en defensa de las personas necesitadas de protección tutelar—y así lo ha establecido esta Sala en su sentencia de junio de 1943— sin que en su actuación *ad tuendum* se hallen los Tribunales subordinados necesariamente a la solicitud de parte, criterio el indicado que inspira tanto los preceptos del Código civil como los de la Ley procesal, según comprueban, entre otros, los arts. 203, 292 y 293 de aquél, y los 1847, 1851 y 1869 de ésta».

Pero, en nuestra opinión, la influencia más directa sobre la doctrina sustentada por la STS de 5 de mayo de 1949, sea la opinión de De la Plaza vertida, fundamentalmente, en su trabajo sobre el régimen procesal de la declaración de incapacidad, publicado en la *Revista de Derecho Privado* en diciembre de 1946, influenciado por los estudios publicados antes por Calamandrei sobre esta materia. En ese trabajo—el que a la sazón era Fiscal del Tribunal Supremo en aquellas fechas—, se inclina por considerar que para llegar a la declaración de incapacidad se necesita un proceso *sui generis* impregnado de las notas características del proceso inquisitorio y casi nada influido por el principio de disposición. Según él, se debe tener presente que el procedimiento a que se refiere el art. 218 CC, aunque falto del necesario desarrollo, es una figura típica—precisamente la del proceso inquisitivo— que, por el momento, ha de regularse por las incompletas disposiciones del CC, pero que no autoriza para recurrir al

25. La sentencia citada de 1947 es también objeto de un análisis—aunque incidan sobre temas distintos a los que ahora mismo tratamos— por parte de DE CASTRO BRAVO, F. Y PRIETO-CASTRO, L.: «Incapacitación del imbécil», ADC, 1948, pp. 291-303.

trámite de los incidentes, incompatible con las notas de urgencia y sumariedad que caracterizan al proceso especial y aun con las amplias facultades de investigación que al Juez se otorgan. No es lógico —sigue razonando De la Plaza— usar esa vía incidental ya que, por abreviada que sea, es al fin y al cabo proceso de cognición que por su simplicidad se aplica en este evento a una cuestión que no lo es, y discutir después la misma cuestión por los trámites solemnes del juicio declarativo tipo, consumiendo inútilmente una actividad procesal que se excusaría si se restituyese a una y otra declaración su carácter sumario y, sobre todo, su condición peculiar.

No obstante, la doctrina del Tribunal Supremo, aunque no exenta de vacilaciones, no va a aceptar de pleno la teoría del procedimiento *sui generis* basado en el sistema inquisitivo. De hecho, en los años posteriores seguirá anclada en el convencimiento de que el camino más adecuado—o, mejor dicho, el menos malo de acuerdo con las insuficientes normas de que se disponía— para declarar la incapacidad de una persona es el procedimiento de los incidentes[26]. En efecto, los defensores de ese procedimiento *sui generis* no indican claramente cuál sea el procedimiento establecido, ni en forma alguna se remiten a cualquiera de los recogidos en la LEC. Afirmar que el legislador quiso que el Juez, de la manera más breve, sin necesidad de acudir a ninguno de los procesos regulados en la Ley procesal, llegase a dictar la oportuna declaración, sin más sujeción que la de oír al Consejo de familia—ya constituido para este solo efecto— y la de examinar por sí mismo al demandado como incapaz, según determinaba el art. 216 CC, no es decir mucho. Con los mencionados argumentos— aunque teóricamente sean aceptables sus razones— no bastó para convencer a los Tribunales para que apliquen unas normas procesales que en realidad no existen o son totalmente insuficientes. Se pretende, en definitiva, que el Juez cree el procedimiento para incapacitar, lo cual va en contra de la propia actividad jurisdiccional[27]: el Juez ha de limitarse a cumplir la obligación de encauzar, según las normas preestablecidas—salvo que se le faculte expresamente a lo contrario—, las peticiones de las partes y a pronunciar en último término una decisión que puede ser favorable o adversa a las peticiones de dichas partes, pero no puede crear *ex nihilo* un procedimiento completo. Puede moverse

---

26. El procedimiento de los incidentes estaba regulado en el Libro II, Título III, arts. 741-761 LEC de 1881. Gozaba del favor del legislador—y como vemos también de los Tribunales—, que lo adoptó en numerosas ocasiones para completar su obra de derecho material, convirtiéndose en una especie de *cajón de sastre*. Así, podemos citar entre otros ejemplos, el art. 17 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de junio de 1922; la Ley Hipotecaria de 1946 (arts. 155 y 156); la Ley 62/1978, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la Ley O. 1/1982, sobre protección civil del honor, la intimidad y propia imagen; la Ley 30/1981, en los procedimientos a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

27. Vid. CARNELUTTI, F.: *Cómo se hace un proceso* (trad. Sentís Melendo y Ayerra Redín). Valparaiso (Chile), 1979. pp. 85 y ss.

dentro de un proceso con más o menos facultades o poderes, con más o menos versatilidad, pero no puede inventarse plazos, fases, actos, etc.[28].

Por lo que hemos podido comprobar, sólo existe una resolución del Tribunal Supremo que acoge en cierto modo la teoría expuesta. Es el auto de fecha 20 de diciembre de 1957. Por medio de dicha resolución judicial, el TS rechaza la admisión del recurso de casación, que se interpuso contra una sentencia dictada por la Audiencia de Barcelona que declaraba la reintegración de una persona que antes fue declarada incapaz. En este supuesto, existía unanimidad doctrinal y jurisprudencial en considerar que el cauce procesal que debe seguirse para la reintegración, es el mismo que se siguió para declarar la incapacitación[29]. Pues bien, al rechazar el recurso se añade algo que tiene relación con lo que estamos estudiando. Dice ese auto que sólo gozan del carácter de definitivas, las sentencias que recaen en un incidente que pone término al pleito o hacen imposible su continuación, pero que tal carácter no lo pueden tener la que fue objeto del recurso, porque no puede concedérsele tal calidad, ya que con ella no se puede poner término sino al *proceso peculiar y sumario a que alude el art. 218 CC, idéntico al que debe seguirse para la rehabilitación de la capacidad interesada en aquel caso* (la cursiva es nuestra). Y un poco más adelante añade que la desviación inadecuada que se dio al proceso—tramitándolo por los incidentes—, no puede afectar a la resolución recurrida y despojarla de su condición provisional.

Sin embargo, tampoco el auto que comentamos acaba diciendo en qué consiste el procedimiento adecuado, sino que sólo añade que es un trámite especial y urgente, en atención a los intereses dignos de protección, tratándose de un proceso sumario en el que el juzgador puede y debe adquirir la verdad, permitiendo a los interesados, deducir demanda de juicio ordinario, en el que, con la amplitud de estos juicios, podrá ventilarse la misma cuestión. Se tilda de desviación procesal el trámite de los incidentes, pero cuando se para a concretar respecto de la vía adecuada, sólo se apunta que es un proceso sumario en el que el Juzgador debe adquirir la verdad. Todo esto no nos puede extrañar, pues *sumariamente* como forma de hacer, o *sumario*[30] adjetivando un proceso, aun-

---

28. Cfr., por ejemplo, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Algunas peculiaridades de las leyes procesales.* RDProcIb, 1974, n.º 2.

29. La resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de octubre de1935 y la Memoria de la Fiscalía del TS de 1948, sostienen que lo mismo que en otras legislaciones, en la nuestra se debe admitir que la declaración de incapacidad y la reintegración a la capacidad deben seguir los mismos trámites. Sobre otras posturas, vid. CASTRO GARCÍA, J.: «Procesos de incapacidad introducidos por la reforma del Código Civil en materia de tutela», *en Jornadas de Derecho Procesal,* CGPJ, Madrid, 1984*,* pp. 61-64.

30. Explica NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal Civil II (Proceso civil)*, Valencia, 2024, pp. 339-340, que el origen y motivo de los procedimientos sumarios es huir del *solemnis ordo iudiciarius* (cuyos herederos fueron los juicios de mayor y menor cuantía) y sustanciar algunos procesos de manera rápida y breve, sencilla, sin tener que seguir el lentísimo procedimiento mencionado con tanta tradición histórica.

que sean conceptos claros, no determinan un cauce de sustanciación concreto. Como se ha señalado, ni existía ni existe en nuestro Derecho procesal un *proceso sumario* al que pudiera hacerse referencia genéricamente como ocurre con el proceso incidental. Existen procesos de carácter sumario, pero pensados para fines muy concretos, distintos entre sí y regulados no uniformemente sino con especialidades propias, según la materia que vayan a tutelar.

Por consiguiente, y como resumen de todo lo visto hasta ahora, el Código Civil no expresaba qué clase de proceso o procedimiento de los regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil es el que ha de aplicarse para hacer la declaración de incapacidad[31]. Al hablar el antiguo 218 CC de que la incapacitación ha de hacerse sumariamente, pudo querer tres cosas:

a) Remitirse a algunos de los procesos o procedimientos que la ciencia procesal llama sumarios, y al no existir de forma genérica ese tipo de procesos en nuestra LEC, se reenviaría a los trámites de incidentes por su brevedad y simplicidad.
b) Referirse a un expediente sumario, breve, aun no estando regulado por la mencionada Ley Procesal y según las escasas normas contenidas en el Código Civil.
c) Remitir a las normas de la jurisdicción voluntaria, sumarias también por su menor rigor, tramitación, contenido y atacabilidad, menores garantías, menores requisitos y ausencia de cosa juzgada.

A nuestro juicio, la doctrina —fruto de esa indeterminación— pudo moverse con absoluta libertad de criterio en estas tres posibilidades, pues quien diga que se trata de un proceso incidental, por ejemplo, de un juicio *sui generis*, o de un tema propio de la jurisdicción voluntaria, puede fundamentar sus respectivos puntos de vista en el mismo precepto del Código. La prueba de ello es la diversidad de criterios mantenidos, tanto por la literatura científica como jurisprudencial, sobre cuál fuera el cauce procesal adecuado, según la parca legislación vigente, para restringir e incluso anular la capacidad de obrar de una persona[32]. En nuestra opinión, la teoría que se adecúa más a la naturaleza del juicio de incapacitación es la preconizada por De la Plaza, pero quizá sea desde un punto de vista positivista o legalista la que más pegas pudiéramos

---

31. Los PROFESORES DE DERECHO PROCESAL en su *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* T. II. Madrid, 1974. pp. 142 y ss., aludieron «a la lamentable situación existente» ocasionada por cuanto los arts. 216 a 219 del CC y 1848 LEC no ordenan ningún juico claro e inequívoco, y el resultado fue «una gran confusión y una variedad de procedimientos en la práctica, con grave daño de la igualdad de las personas y de la seguridad jurídica».

32. De hecho, p.ej., AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A.: *La incapacidad...*, ob. cit., pp. 330-336, hace con toda naturalidad una exposición de los cuatro *procedimientos existentes* y utilizables, destacando posteriormente las especialidades comunes a todos ellos: intervención del Ministerio Fiscal, constitución y audiencia del consejo de familia, examen personal del Juez, informe psiquiátrico y resolución final.

ponerle. Ciertamente, la apoyatura legal que hiciera convencible esos postulados no es muy fuerte, por lo que los Tribunales difícilmente la podían subsumir. Ahora bien, esto no quita para reconocer que sienta las bases para una mayor profundización de lo que realmente sea un juicio de incapacitación. Un proceso especial donde los haya y que merece, por muchas razones, una mayor atención y cuidado por parte del legislador[33]. A la postre, en la práctica forense prevaleció—hasta la entrada en octubre de 1983 de la nueva normativa sobre incapacitación—, como hemos apuntado más arriba, el trámite incidental con algunas especialidades, con posibilidad de recurso y de un juicio de mayor cuantía posterior.

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, prescribe en su Disposición Adicional que el cauce procedimental a seguir para declarar la incapacidad de una persona va a ser el juicio declarativo de menor cuantía.

Con esta previsión se pone fin a la incertidumbre procesal en la que habíamos estado sumidos en España. En efecto, la incapacitación desde esa fecha ya disponía de un marco procedimental concreto, aunque no constituya un *buen traje a medida,* que diría Carnelutti[34], para la actividad que van a realizar tanto el Órgano Jurisdiccional, como el Ministerio Fiscal, como las partes activa y pasiva.

En la citada Disposición Adicional se dejaba un portillo a la esperanza al declarar, al inicio de la misma, que «entre tanto no se proceda a regular de otra manera en la Ley de Enjuiciamiento Civil serán aplicables al procedimiento de incapacitación y al de declaración de prodigalidad las normas del juicio declarativo de menor cuantía». Meses más tarde, con la publicación de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se vio totalmente frustrada esa esperanza de disponer de un procedimiento *ad hoc* para la incapacitación, al establecerse en el nuevo art. 484, 2º que se deci-

---

33. Cfr., al respecto, GUASP DELGADO, J.: *Reducción y simplificación de los procesos civiles especiales*. ADC, abril-junio de 1951, pp. 411-420, en donde aboga por la implantación—junto con un proceso común regido por la máxima dispositiva— de un proceso civil especial de líneas inquisitivas. En ese mismo sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.: «Los procesos de incapacitación», en *La personalidad civil*, Barcelona, 1984, p. 52, comenta que, aun no siendo partidario de la proliferación de procesos especiales, «si alguna materia exige inexcusablemente la creación de un proceso especial es precisamente la que se refiere a los llamados procesos sobre el estado civil y condición de las personas (...). La ZPO alemana, por ejemplo, cuya extensión total no llega a la mitad de la nuestra, dedica nada menos que 43 artículos a reglar las especialidades del proceso de incapacitación».

34. CARNELUTTI, F.: Cómo se hace un proceso, ob. cit. pp. 85-86. En esta obra, el maestro italiano, llama la atención de que «la ley se asemeja a un traje de confección, que el Juez debiera transformar en un traje a medida. La lástima es que mientras el sastre puede corregir el traje de confección, al Juez no se le consiente que pueda corregir la ley. Debe hacer justicia de tal modo que la ley encaje perfectamente en el caso singular, pero no dispone de los medios necesarios para hacer que encaje. En rigor, pues, el cometido del Juez, por lo menos cuando es Juez de derecho, es frecuentemente un cometido imposible».

dirían por medio del menor cuantía las demandas relativas a filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas. Desde muchos ámbitos se exigía que se creara un proceso especial. Pero esto no llegó hasta la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (Ley 1/2000, de 7 de enero). En el Libro IV de la misma, dedicado a los Procesos Civiles especiales, ya si se diseña un trámite procesal específico—bajo el paraguas del juicio verbal— sobre los *procesos sobre la capacidad de las personas*, que integranban la incapacitación, la reintegración en la capacidad, la prodigalidad y el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

Después de las reformas de los años 1983 y 1984 del Código Civil y de la Ley Procesal Civil respectivamente, en consecuencia, no hay duda de que había que acudir al juicio declarativo del menor cuantía para obtener una declaración judicial de incapacidad. En lo que sí había bastantes dudas por parte de la doctrina es en la bondad de ese proceso para sustanciar cuestiones de tal naturaleza. De hecho, para ser fieles a los principios que informan el juicio de incapacitación, era preciso revisar cada una de las normas propias del menor cuantía y decidir si son aplicables o no al de incapacitación. Lo que se tendrá que hacer —en la teoría y en la práctica diaria— será adecuar las especialidades procesales de la incapacitación contenidas en el Código Civil al procedimiento previsto en la LEC para el juicio de menor cuantía, ajustándose a dichas previsiones o separándose de ellas cuando así lo exija el guion procedimental diseñado por la reforma de la incapacitación. No pocas normas procesales se contenían en realidad en el articulado del CC —de forma muy poco sistemática y sin criterio— como las relativas a la competencia, legitimación, actuación procesal de las partes, adopción de medidas cautelares, cierta e importante actividad del juez en el proceso, práctica de la prueba o el contenido de la sentencia constitutiva.[35]

V. Evolución del concepto de incapacidad/discapacidad desde la reforma de Código Civil de 1983 hasta la Ley 8/2021

Con la reforma parcial operada en el CC por la ya citada Ley 13/1983, de 24 de octubre, en materia de incapacitación y tutela se derogó el art. 32 CC cuya redacción fue origen de muchas confusiones. Ni la enfermedad mental ni su posible consecuencia, la incapacitación judicial, afectan a la capacidad jurídica. El incapacitado no está civilmente muerto. Lo que sucede es que a causa de su enfermedad o deficiencia grave y persistente se le tiene por incapaz para la realización de actos jurídicos eficaces. Pero, aun así, determinado ámbito per-

35. Sobre el particular, de manera extensa, CABRERA MERCADO, R.: *El proceso de incapacitación*, ob. cit, pp. 77 y ss.

sonalísimo quedará reservado al incapacitado, y la titularidad de derechos le corresponderá a él y no a quién ejerce la guarda legal. Además, como manifestó reiteradamente el Tribunal Supremo, a toda persona ha de reputársela en su plena capacidad de obrar mientras no sea judicialmente declarada incapaz: hay una presunción —*iuris tantum*— de la capacidad de obrar.

Con referencia a las causas incapacitantes, el legislador reformador de 1983 optó—separándose del criterio seguido en la redacción original del CC— por la generalización de las mismas, no comprometiéndose en posiciones médicas. Cualquier *enfermedad o deficiencia física o psíquica, siempre que sea persistente e impida a la persona gobernarse por sí misma*, es causa de incapacitación. La fórmula del art. 200 CC, tenía carácter abierto, entendiendo que lo que interesa no es la concreta enfermedad o deficiencia que padece una determinada persona, sino las notas de persistencia e imposibilidad de autogobierno. Lo que parecen consecuencias de las posibles causas se convierten en auténticos presupuestos de dichas causas de incapacitación.

Conviene en este punto hacer una distinción, que consideramos importante para entender lo que ha estado vigente durante tantas décadas y que era tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, ya abandonada como consecuencia de la 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. La primera hace referencia al hecho de que cualquier persona es susceptible de ser titular de derechos y obligaciones. Todo ser humano, por el hecho de serlo ostenta esa capacidad jurídica y en ningún caso puede ser privado de ella. Por el contrario, la capacidad de obrar se define como la posibilidad de realizar actos a los que la ley atribuye eficacia y transcendencia jurídica. Esta última, atendiendo a las circunstancias singulares de cada persona y mediando una sentencia judicial que así lo disponga, puede ser objeto de restricción. Por tanto, la incapacitación —total o parcial— es una categoría de producción judicial.

De ahí dimana la importancia del contenido de la sentencia que dicte el Juez civil después de dirigir el procedimiento, en donde la actividad probatoria cobra una importancia mayúscula, obviamente. La resolución judicial que declare la incapacitación —de naturaleza constitutiva— deberá determinar la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido, por su bien y por el de terceros, el incapacitado.

Partiendo de la presunción de capacidad de las personas mayores de edad, y del principio de adecuación de la institución de guarda a las necesidades con-

cretas del incapacitado, y teniendo como objetivo prioritario la integración social de las personas con discapacidad, también se planteó una mejor utilización de las posibilidades que en este sentido nos ofrecía la figura de la tutela.

El Tribunal Supremo sostuvo que al ser la capacidad de las personas físicas un atributo de la personalidad (S. 19 de mayo de 1998), trasunto del principio de la dignidad de la persona (S. 16 de septiembre de 1999), rige la presunción legal de su existencia e integridad, de modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 CC); observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacitación; cumplida demostración de la deficiencia o enfermedad y su alcance (SS. 28 de junio de 1990; 19 de mayo de 1998, que exigen que existan pruebas concluyentes y rotundas, dado que se priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial; y 16 de septiembre de 1.999: la situación de idoneidad debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada); adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites, al grado de idoneidad (pues no debe extenderse más de lo necesario: S. 26 de julio de 1.999), en armonía con el principio básico que debe inspirar la materia de protección del presunto incapaz; y la aplicación de un criterio restringido (S. 16 de septiembre de 1.999) en la determinación del ámbito de la restricción.

Y en relación con la curatela ha mantenido nuestro Alto Tribunal —respecto al ámbito de operatividad de dicha institución— que «para la determinación de la extensión y límites de la restricción y control, aunque la ley permite no efectuar una especificación, en cuyo caso se entendería que la intervención del curador se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el propio Código Civil, autorización judicial (art. 290), sin embargo parece más oportuno a este Tribunal fijar el ámbito de la curatela del incapacitado; «tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido (art. 289 CC), aun reconociendo la dificultad que ello implica, por no existir fórmulas genéricas idóneas, y poder resultar defectuosas o insuficientes las casuísticas. Habida cuenta las circunstancias concurrentes, no resulta pertinente establecer —obviamente— ninguna restricción en el ámbito personal ni en cuanto a la testamentifacción, circunscribiendo la asistencia, que la curatela implica, al campo patrimonial».

Desde este nuevo planteamiento, el ejercicio de las funciones tutelares también debería haberse modificado para establecer en cada sentencia cual sea el aspecto de la capacidad de obrar que debe suplir el tutor, o qué apoyos necesita, teniendo en cuenta la dificultad por no decir imposibilidad de completar la capacidad de obrar en los derechos personalísimos.

En cuanto al aspecto patrimonial, entendemos que, estableciéndose un sistema de modificación en la capacidad, la sentencia debería graduar cual sea el alcance de la capacidad que debe completarse; es decir, graduar el complemento de la misma y por tanto no sería necesaria la separación entre tutor y curador, bastando simplemente la definición del ámbito personal o patrimonial que debe completar el tutor o figura que le sustituya.

En definitiva, la sentencia —«corazón del organismo procesal», según Calamandrei— que declara la incapacidad debería ser un traje a medida y no un *prêt à porter*, una verdadera *lex specialis* para el actuar del incapacitado y de su tutor o curador.[36]

VI. La convención internacional de la ONU de los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006

El día 3 de mayo de 2008 entró formalmente en vigor en España la Convención Internacional de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de dicha Organización el 13 de diciembre de 2006. Dicha Convención no crea nuevos derechos, sino que nos recuerda el deber y la obligación no solo de los Estados Partes sino también de los poderes públicos, de respetar y garantizar la dignidad y el ejercicio por igual de todos los derechos humanos de las personas con discapacidad. Desde esa fecha, forma parte del ordenamiento jurídico español y resultaba de obligada aplicación por los Juzgados y Tribunales en los procedimientos que versaban sobre capacidad de las personas, en virtud del artículo 96 de la Constitución y de acuerdo con el artículo 1.5 del Código Civil.

Si bien España tenía una abundante y avanzada legislación en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad, la incorporación de la Convención a nuestro derecho interno, obligaba a realizar ajustes de diversas normas para hacer efectivos los principios que enumera y los derechos que recoge. Entre esas normas se encontraban las contenidas en el Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la capacidad jurídica y capacidad de obrar, las restricciones y sustituciones que pueden encontrar las personas con discapacidad por razón de la misma, las diferentes figuras tuitivas, así como el procedimiento judicial sobre la capacidad de las personas.

---

36. Al respecto, vid. CABRERA MERCADO, R., «La graduación de la sentencia dictada en el proceso de incapacitación», en *Discapacidad intelectual y derecho,* Fundación Aequitas, Madrid, 2004, pp. 79-88.

Pese a ello, y hasta tanto se llevarán a efecto esos ajustes[37], los Juzgados y Tribunales con competencias en materia de discapacidad, estarían obligados a la aplicación de los principios y postulados que recoge la Convención. En este sentido se tuvo que realizar una labor de complementación e integración de aquellas normas para la efectiva aplicación del dicho instrumento internacional, pues afectando como ya se ha dicho el procedimiento a derechos fundamentales de la persona, las normas en cuestión deben interpretarse de conformidad con los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España —art. 10.2 de la Constitución— como es el caso de la Convención.

En esa tarea, y en la medida de que la Convención, constituye una valiosa herramienta para la defensa de las personas más vulnerables, los jueces como garantes de sus derechos fundamentales, intentaron estar seriamente comprometidos y en condiciones de prestar un buen servicio a la justicia, teniendo presente que el objetivo es, como reza en el artículo 1 de la Convención, *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, el respeto de su dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y su independencia*.

De la misma manera, y como proclama el artículo 12, se había partir de la base de que las personas con discapacidad *tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida, proporcionándoles el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

---

37. Entre otras, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modificó diecinueve leyes españolas para asegurar el pleno desarrollo de las personas con discapacidad. También, como complemento y desarrollo, se publicó en el BOE de 17-09-2011 el Real Decreto 1276/2011. Tanto en la Ley 26/2011 como la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil y otras, establecían plazos al Gobierno para efectuar los cambios necesarios en el proceso sobre la capacidad de las personas y regular un sistema de apoyos a las personas que lo necesiten, cosa que no se hizo hasta diez años después.

Desde este contexto, a la hora de abordar el futuro procedimiento había que tener siempre presente, al menos, lo siguiente:

1. Que su finalidad última ya no es sólo proteger, sino fundamentalmente favorecer o promover la máxima inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad, en cuanto que son sujetos de derechos y de obligaciones, y tienen derecho a tomar sus propias decisiones y a la mayor autonomía posible. De ahí que lo que necesitan no es tanto protección—que también— sino apoyo, para poder ejercer sus derechos en condiciones de plena igualdad con el resto de las personas.
2. Que la capacidad jurídica y la capacidad de obrar constituyen un todo inseparable, o lo que es igual, el principio de capacidad legal reside en la persona y es consustancial a ella. De modo que, a partir de ahí, las personas con discapacidad a través de los mecanismos de apoyos adecuados, han de tener garantizada su plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico, respetando su voluntad.
3. Que las medidas de apoyo las pueden establecer las personas con discapacidad previamente y de forma voluntaria a través de poderes y mandatos preventivos otorgados notarialmente y que el procedimiento ante el juez—ya subsidiario— y la resolución que le pone fin, no puede constituir una barrera u obstáculo más para la inclusión social de la persona con discapacidad. Por el contrario, debe brindar al afectado la oportunidad de ejercer sus derechos y hacer valer sus intereses con el apoyo de otra persona, en su caso, de modo que los apoyos que se señalen al final del procedimiento—a través de la jurisdicción voluntaria o, si procede, contenciosa— deben respetar la capacidad jurídica en el máximo grado o extensión posible y sólo en casos extremos podrán diseñarse como apoyos sustitutivos en la toma de decisiones.

Pues bien, aunque ha costado tiempo, se entiende—sin perjuicio de aspectos que puedan mejorarse— que 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*, ha venido a colmar las aspiraciones que la propia Convención expresaba en el ámbito civil y procesal, lo que ha supuesto una metamorfosis radical de dichas normativas relativas a las personas con discapacidad. El énfasis se sitúa ahora en lo esencial (la condición de persona), que ha pasado al primer plano, y no en lo accidental o secundario (la existencia de discapacidad) sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de la disminución psíquica.

En efecto, desde el punto de vista procesal ha desaparecido de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como tal, el proceso especial de incapacitación o proceso de sobre la capacidad de las personas instaurado con la promulgación en el año

2000 de dicha ley. El nuevo proceso especial de adopción de medidas judiciales de apoyo solo es posible iniciarlo cuando ha habido oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria previo. Eso sí, se diseña un procedimiento contradictorio no dispositivo que se sustanciará por los trámites del juicio verbal teniendo en cuenta todas las singularidades propias del objeto del mismo—similares, *mutatis mutandis*, a lo previsto anteriormente—, y la sentencia que se dicte debe tener las mismas características que las previstas para el auto que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria, por lo que deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables: se determinarán las medidas de apoyo que deben adoptarse, siempre teniendo en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona afectada sin que pueda suponerle privación de derechos, por lo que las funciones del curador designado serán únicamente asistenciales y solo excepcionalmente podría asumir la representación de la persona con discapacidad.

Bibliografía

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A.: «La incapacidad del enajenado. Concepto, declaración y reintegración», RDProc., 1958.

BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre los procesos de incapacitación: Cuestiones controvertidas y posible retorno a la jurisdicción voluntaria», *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho de la Persona.* Madrid, 1976.

CABRERA MERCADO, R.: *El proceso de incapacitación*, Edit. McGraw Hill, Madrid, 1997.

—«La graduación de la sentencia dictada en el proceso de incapacitación», en *Discapacidad intelectual y derecho*, Fundación Aequitas. Madrid, 2004.

CALAMANDREI, P.: «Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio», en *Estudios sobre el proceso civil* (trad. Sentís Melendo, S.). Buenos Aires, 1945.

CARNELUTTI, F.: *Cómo se hace un proceso* (trad. Sentís Melendo y Ayerra Redín). Valparaiso (Chile), 1979. pp. 85 y ss.

—*Lezioni di diritto processuale civile*. T. II. Padova, 1930.

CARPI, F., COLESANTI, V. Y TARUFFO, M.: *Commentario breve al Codice di procedura civile.* Padova, 1984.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, 1949, tomo I, pág. 60.

CASTRO GARCÍA, J.: «Procesos de incapacidad introducidos por la reforma del Código Civil en materia de tutela», *en Jornadas de Derecho Procesal,* CGPJ, Madrid, 1984.

CIAN, G. y TRABUCCHI, A.: *Commentario breve al Codice civile.* Padova, 1988. pp. 375 y ss.

D'ORS, A.: *Elementos de Derecho privado Romano* (2ª ed.), Pamplona, 1975.

D'ORS, X.: «Una recapitulación sobre XII TABLAS V.7a: «Si furiosus escit...», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (sección Derecho Romano) XVII, 1995. Valparaíso, Chile.

DE CASTRO BRAVO, F. y PRIETO-CASTRO, L.: «Incapacitación del imbécil», ADC, 1948.

DE CASTRO BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Madrid, 1949, tomo I.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Algunas peculiaridades de las leyes procesales.* RDProcIb, 1974, n.º 2.

De La Plaza, M.: «El régimen procesal de la declaración de la incapacidad», RDP, 1946. pp. 60 y ss., y en *Derecho Procesal Civil.* Madrid, 1951.

Fernández López, M. A., «Los procesos de incapacitación», en *La personalidad civil*, Barcelona, 1984.

García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1853, págs. 267 y ss.

García-Ripoll Montijano, M.: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*. Barcelona, 1992.

Granados, E.: «El proceso de declaración de incapacidad (conveniencia de que se unifiquen los criterios frente al vacío de normas procesales que sean adecuadas al trámite de declaración de incapacidad)». RJC, 1962.

Guasp Delgado, J.: *Reducción y simplificación de los procesos civiles especiales*. ADC, abril-junio de 1951.

Lete del Rio. J.M.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dirigidos por Albaladejo García, M.). T. IV. Madrid, 1985. oposición, y siguiéndose, en otro caso, el trámite de los incidentes». De la misma opinión, López Saiz, I. y Codón, J. M.ª.: *Psiquiatría jurídica penal y civil.* Vol. II. Burgos, 1969 (3ª ed.). p. 677.

Manresa y Reus: *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y esplicada* (sic), Madrid, 1861, Tomo V, pág. 84.

Micheli: «Forma e sostanza nella giurisdizione volontaria». Riv.dir.proc., 1947.

Nieva Fenoll, J., *Derecho procesal Civil II (Proceso civil)*, Valencia, 2024 (3ª ed.).

Ortega Lorca, F.: «Algunas cuestiones prácticas en relación con las declaraciones de incapacidad y de reintegración a la capacidad de los imbéciles y de los locos o dementes», RGLJ, T. 171, 1942.

Pérez Ardá, E.: «Artículos 216, 217,218 y 219 del Código Civil», RGLJ, 1906, T. 109.

Pérez Gordo, A.: «El juicio de incapacitación de las personas físicas», RDProcIb, 1980.

Poggeschi, R.: *Il processo d'interdizione e d'inabitazione*. Milano, 1958.

Prieto-Castro Ferrándiz, L.: *Tratado de Derecho procesal civil.* T. II. Pamplona, 1985 (2ª ed.).

— *Derecho procesal civil*. Madrid, 1989 (5ª ed.).

Profesores de Derecho Procesal, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* T. II. Madrid, 1974.

Redenti, E.: *Diritto proccesuale civile*. T. III. Milano, 1957. nº 252.

Roca Guillamón, J.: *Comentario del Código Civil* (con otros autores). T. I. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.

Rodríguez Alique, M.ª. A.: «Reflexiones respecto del procedimiento de incapacitación previsto en el artículo 1848 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». RDProc., 1985.

Satta, S.: *Diritto processuale civile.* Padova, 1981 (9ª ed.).

Serra Domínguez, M.: «Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del juicio sumario de incapacitación», Justicia-82.

Vilar Badía, R.: «La protección jurídica del loco o demente y del deficiente mental», Pretor, n.º 67, 1972.

El heterogéneo ámbito de la discapacidad desde la perspectiva de los ajustes en el proceso

Regina Garcimartín Montero
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. ¿POR QUÉ HETEROGÉNEO? 1. La heterogeneidad del colectivo vulnerable de personas con discapacidad. 2. La heterogeneidad de la participación en el proceso. 3. Un «traje a la medida» para las personas con discapacidad. II. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA REFORMA DE LA LEY 8/2021: PROVISIÓN DE APOYOS Y ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE AJUSTE. III. LOS AJUSTES EN EL PROCESO. 1. La legitimación para solicitar los ajustes. 2. El objeto de los ajustes. 3. El acompañamiento personal a la persona con discapacidad. 4. Límites de los ajustes. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA

I. ¿Por qué heterogéneo?

1. La heterogeneidad del colectivo vulnerable de personas con discapacidad

La protección a los colectivos vulnerables viene siendo objeto de atención por parte del legislador desde hace unos años. La vulnerabilidad se caracteriza por ser una realidad pluriforme y cambiante[1], una afirmación que es válida para cualquier colectivo vulnerable pero posiblemente lo es en mayor medida para las personas con discapacidad.

Esta peculiaridad hace que resulte difícil sistematizar los motivos o situaciones de hecho que dan lugar a una situación de vulnerabilidad. A pesar de ello, no han faltado intentos de establecer un elenco si no de colectivos, sí de circunstancias generadoras de una potencial situación de vulnerabilidad, es el caso del

1. (LAFUENTE TORRALBA, 2022, 24). DE LUCCHI alude a la necesidad de tener en cuenta «la diversidad dentro de la discapacidad (DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2021, 9).

que se ofrece en las Reglas de Brasilia[2]. De acuerdo con la sección 2.1.3 de este documento, pueden ser motivo de vulnerabilidad la edad, el género, el estado físico o mental o las circunstancias sociales económicas, étnicas o culturales de la persona, aunque el propio documento reconoce que en cada país las circunstancias de vulnerabilidad pueden ser variables.

En el ámbito internacional conviene también hacer referencia a la atención que la ONU prestó a uno de los colectivos vulnerables que quizá tienen un carácter más universal, que es el de las personas con discapacidad; a su ejercicio de los derechos está dedicada Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad[3].

Las Reglas de Brasilia se refieren a cualquier colectivo vulnerable, pero lo toman en consideración tan solo desde el punto de vista de acceso a la justicia, sin embargo, la Convención de Nueva York contempla únicamente a las personas con discapacidad, pero con el objetivo de asegurar y promover el respeto a cualquiera de los derechos fundamentales y no solo a los relacionados con el ámbito de la justicia. La finalidad de la Convención de Nueva York no es proclamar nuevos derechos, puesto que los derechos humanos ya están enunciados con carácter universal, sino garantizar que a esos derechos se aplican a las personas con discapacidad de forma plena y sin discriminación, como señala el Preámbulo de la Convención[4].

Los distintos Tratados internacionales y las normas legales nacionales y autonómicas se han aventurado a considerar en qué consiste la condición de discapacidad como circunstancia generadora de vulnerabilidad. Las Reglas de Brasilia aluden a la «deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social»[5]. La Convención de Nueva York considera que son circunstancias generadoras de la discapacidad «las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en

2. Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008.

3. Aprobada por la ONU en diciembre de 2006 y ratificada por España en 2008 (BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008).

4. BERNARDO SAN JOSÉ hace la misma reflexión en relación en relación con los derechos fundamentales proclamados en nuestra CE: los derechos se reconocen a todas las personas, sin distinción; el problema no se encuentra en la titularidad de los derechos sino en asegurar su pleno ejercicio a las personas con discapacidad. (BERNARDO SAN JOSÉ, 2020, 82).

5. Reglas de Brasilia. Sección 2.3 (7).

igualdad de condiciones con las demás»[6]; si bien reconoce en el Preámbulo del texto que la discapacidad es un concepto cambiante y también lo son las circunstancias de interacción con las barreras y el entorno.

El CC une la situación de discapacidad a la concurrencia en la persona de «circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás» (art. 255 CC). Sin embargo, en el ámbito jurídico nacional, la norma de referencia es la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su art. 2 define la discapacidad como «una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»[7].

Se puede mencionar también en este ámbito la ley aragonesa que modifica la legislación foral en materia de discapacidad, que define esta circunstancia como «aquella situación, previsiblemente permanente, que impide o dificulta a la persona comprender, valorar o expresar por sí sola el consentimiento en la toma de decisiones, tanto en aspectos personales como patrimoniales» (art. 34)[8].

En todas estas definiciones o aproximaciones a un concepto de discapacidad se pueden advertir varias características de las que me gustaría destacar tres por su relevancia en la participación de la persona en el proceso. La primera (y esta es una característica que aparece de forma expresa en los textos internacionales) es que los factores que generan la discapacidad pueden ser, utilizando las palabras de la Convención de Nueva York, de carácter físico o sensorial o bien de índole intelectual o mental. En otros textos legales, como es el caso del CC o de la Ley 3/2024 de Aragón, ni siquiera se hace alusión a este tipo de características.

La distinción que aparece tanto en la Convención de Nueva York como en las Reglas de Brasilia, es muy relevante en el ámbito judicial, puesto que elude englobar en una única categoría situaciones de distinta relevancia en el ámbito jurídico ya que es evidente que la discapacidad puede tener su origen y mani-

6. Art. 1 de la Convención de Nueva York.

7. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.

8. Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas.

festación de formas muy diversas y no todas ellas tienen la misma relevancia jurídica[9].

La segunda característica que nos permite considerar la discapacidad como un elemento determinante de vulnerabilidad es que la situación de discapacidad ha de suponer una barrera, una limitación en el interactuar de la persona.

Lógicamente esta limitación puede tener distintas repercusiones según el ámbito en el que nos encontremos: profesional, personal, social… Sin embargo, a los efectos que en este momento que nos ocupan, para saber si una persona es vulnerable habremos de considerar si esa discapacidad supone alguna limitación en el ámbito jurídico.

Si ponemos en relación esta segunda característica: que la discapacidad implique una barrera en la actuación de la persona en condiciones de igualdad, con la primera que he mencionado: diversidad de consecuencias de los distintos tipos de discapacidad, se puede apreciar que en el ámbito jurídico no todas las circunstancias de discapacidad implicarán la existencia de barreras.

Así, la discapacidad física o sensorial (en términos de la Convención de Nueva York) puede generar unas limitaciones notables en el ámbito de la autonomía del individuo en los aspectos social, familiar o laboral entre otros, pero en el ámbito jurídico resultan escasamente significativas. Pensemos por ejemplo en el caso de una persona con paraplejia, una situación que puede suponer limitaciones importantes en los ámbitos a los que anteriormente me he referido, pero en un contexto procesal es una circunstancia fácilmente superable para la que basta adoptar una medida material consistente en la ausencia de barreras arquitectónicas (de las que quizá incluso carezca con carácter habitual la sede judicial). Esta ausencia de barreras arquitectónicas, que puede ser la única medida de ajuste que necesite alguna persona con discapacidad no incide en absoluto en el desarrollo de las actuaciones ni supone ninguna alteración de lugar, tiempo o forma de los actos procesales. Por eso cabe excluir de la protección del legislador, al menos en el ámbito del proceso, determinadas situaciones de discapacidad que, aunque objetivamente sean bastante severas, no generan barreras o discriminación a efectos de la participación de la persona en el proceso.

---

9. LAFUENTE TORRALBA alude a que resulta sorprendente que se aglutinen en una única categoría las causas de discapacidad que se manifiestan de forma física o sensorial y aquellas psíquicas; de hecho, como afirma acertadamente el autor, englobar todas las enfermedades psíquicas de forma unitaria ya resulta «un despropósito» (LAFUENTE TORRALBA 2022, 57).
ALEMANY es otro de los autores que se posiciona en contra de un tratamiento conjunto (a efectos jurídicos) de los distintos tipos de discapacidad, de hecho, el autor considera que la interpretación de la eliminación de barreras en el ámbito de la justicia al que se refiere el art. 13 de la Convención de Nueva York debería aplicarse únicamente a personas con discapacidad intelectual. (ALEMANY, 2021, 2).

Sin embargo, hay otras patologías que ocasionan una discapacidad intelectual o, si se prefiere, que producen síntomas que pueden afectar a una circunstancia que en Derecho tiene una relevancia notable, que es la capacidad de comprender y la capacidad de expresar la propia voluntad. Este último tipo de circunstancias determinantes de la discapacidad exige otro tipo de actuaciones por parte del tribunal que pueden ir desde la adopción de las medidas más simples, como pueden ser explicar las actuaciones en un lenguaje comprensivo hasta la más extrema, que sería la representación procesal.

La tercera y última característica de la situación de discapacidad que considero de relevancia a los efectos de paliar situaciones de vulnerabilidad en el ámbito del proceso es el necesario carácter estable de la discapacidad. Con anterioridad a la reforma de nuestro ordenamiento para adecuarlo a la Convención de Nueva York, el CC exigía como presupuesto para la declaración de incapacitación la existencia de enfermedades «persistentes de carácter físico o psíquico» según establecía el texto ya derogado del art. 200.

La reforma de 2021 prescindió del modelo médico imperante hasta entonces para instaurar un modelo social, en la línea de lo establecido en la Convención de Nueva York, en el que para recibir los apoyos es necesario que de hecho existan barreras en el interactuar de la persona con discapacidad[10].

El cambio de modelo operado en el año 2021 podría hacer pensar que el legislador prescindiría de las características de la situación de discapacidad que acompañaban a este modelo, pero en lo que respecta al carácter permanente de la circunstancia generadora de discapacidad no ha sido así. La Convención de Nueva York, en su definición de la discapacidad entiende que las circunstancias generadoras de la discapacidad deben ser «a largo plazo» y nuestro ordenamiento ha acogido también esa característica como propia de la situación de discapacidad. De este modo, el art. 2 de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad, al que me he referido con anterioridad, exige que las circunstancias que dan lugar a la discapacidad sean previsiblemente permanentes[11].

Aquí se puede apreciar otra de las manifestaciones del carácter heterogéneo de la discapacidad y es que no es infrecuente que encontremos casos de discapacidad, a veces muy severas, pero de carácter transitorio. Este carácter transitorio no quiere decir que se prevea necesariamente una reversión de la disca-

10. (BERNARDO SAN JOSÉ 2020,74), (PALLARÉS NEYLA 2020, 4).

11. No sucedía así en las Reglas de Brasilia, que considera circunstancias determinantes de la discapacidad tanto las de carácter permanente como temporal.

pacidad, sino que puede tratarse de un periodo incierto en la situación clínica de una persona que quizá derive en una situación de incapacidad previsiblemente permanente o a largo plazo, como requieren los textos legales, pero simplemente la situación de la persona todavía es reversible. Pensemos por caso en una persona que ha sufrido un accidente del que le han quedado ciertas secuelas que no se sabe con seguridad si se superarán o no.

Es evidente, a la luz de la normativa actual, que no cabe incluir dentro de las personas con discapacidad a personas que sufren una situación de discapacidad transitoria, al menos a efectos de su tratamiento como colectivo vulnerable en el ámbito jurídico. Esta realidad creo que merece una crítica. La exigencia de que la circunstancia causante de la discapacidad deba ser permanente o a largo plazo podría tener sentido para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica. En este caso la situación de discapacidad y las consecuencias que pueda tener esa situación en el ejercicio de la capacidad jurídica constituyen el objeto del proceso. Puesto que la mera adopción de los apoyos requiere una tramitación procesal que lleva un cierto tiempo y además persigue la adopción de unas medidas que, aunque deban ser revisadas cada tres años (art. 268 CC), no dejan de ser estables, parece oportuno que se tome como punto de partida una situación de discapacidad que en principio se prevé que va a perdurar en el tiempo.

Sin embargo, cuando se trata de adoptar ajustes en un proceso no tiene sentido que se exija este carácter de permanencia o largo plazo de la discapacidad. El proceso tiene una duración limitada y los ajustes se adoptan únicamente para ese proceso, es más, el art. 7 bis permite que se adopten solo para las actuaciones o fases del proceso para las que resulte necesario. Pensemos en una persona que como consecuencia de una dolencia posiblemente transitoria, no tiene la visión suficiente como para leer correctamente unos escritos o bien una persona que por un traumatismo en proceso de curación no puede caminar y debe hacer uso de una silla de ruedas o, en definitiva, cualquier persona que sufra una dolencia que previsiblemente remitirá pero que de forma inmediata hace que tenga ciertas limitaciones que, al interactuar en el proceso, supongan una discriminación, lo que constituye precisamente la justificación de las previsiones legales.

Si aplicamos la norma legislativa de forma estricta, una persona con discapacidad transitoria no podría beneficiarse de ninguno de los ajustes previstos en el art. 7 bis de la LEC que están previstos para las personas con discapacidad y, como ya he señalado, la definición de discapacidad según la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad, excluye situaciones que no sean permanentes. El resultado sería absurdo: no hay obligación de arbitrar medi-

das para que una persona que con carácter temporal no puede moverse, leer, hablar, etc. participe adecuadamente en el proceso.

Es cierto que las carencias de la ley previsiblemente las solucionará el buen sentido y el correcto uso de las facultades de gobierno del tribunal a cargo del asunto. Sin embargo, esta y otras disfunciones en la protección a las personas con discapacidad por parte del legislador se producen, en mi opinión, porque se ha ignorado la heterogeneidad de circunstancias que se pueden dar en la persona con discapacidad, que requerirán una respuesta del mismo tipo.

Esta pluralidad de matices que adopta la discapacidad no se da de forma tan acusada en otras causas de vulnerabilidad que LAFUENTE denomina endógenas, es decir, que se basan en el desarrollo psicofísico del sujeto, entre las que se encuentra también la edad[12].

Si analizamos las diferencias de la discapacidad con la edad, se puede apreciar que tanto en el caso de los menores como en el de los mayores hay límites objetivos, aunque se basen ficciones jurídicas, que determinan la situación de vulnerabilidad: la edad a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad y la edad establecida en la ley para acordar ajustes en el proceso de oficio (establecida en el art. 7 bis en 80 años) dan lugar a un claro automatismo en la inclusión de las personas que cumplen los criterios de edad en los respectivos colectivos. No deja de sorprender que ahora que en aras de la asunción de un modelo social de discapacidad el ordenamiento ha prescindido de cualquier declaración administrativa para que podamos considerar a una persona como persona con discapacidad, curiosamente sí que se acude a límites de este tipo para determinar la vulnerabilidad por razón de la edad.

Pero en todo caso se puede afirmar que tanto menores como mayores tienen rasgos comunes que permiten un tratamiento unitario coherente. De este modo, casi todos los menores que tienen una similar edad presentan determinados rasgos comunes. Es cierto que no todos los menores son igual de maduros a la misma edad (luego abundaré en esta idea) pero con carácter general, las circunstancias que pueden generar vulnerabilidad son similares. Además, la menor edad es una situación transitoria, en la que habrá una evolución de madurez que también es compartida por todos los menores de edad: a medida que se acercan a la mayor edad van atenuándose las circunstancias causantes de vulnerabilidad de una manera relativamente común a todos los menores de edad y esta es una peculiaridad que se aplica a todo el grupo.

12. (LAFUENTE TORRALBA 2022, 29).

Con los mayores de edad sucede lo mismo, pero a la inversa: no todas las personas de una misma edad tendrán las mismas limitaciones, pero las circunstancias generadoras de vulnerabilidad en los mayores de edad tienen también ciertas consecuencias comunes y la involución en las facultades de las personas con el transcurso de la edad supone también una cierta progresión que se da con rasgos similares en todos los mayores.

Estas características comunes por razón de la edad en todo el colectivo facilitan un tratamiento conjunto y justifican que tanto los de menores de edad como las personas de edad avanzada puedan recibir por parte del legislador un tratamiento homogéneo que se pueda aplicar sin excesivas disfunciones. En el caso de un menor de edad, por ejemplo, las singularidades de un menor inmaduro pueden salvarse utilizando un lenguaje más sencillo, facilitando las formas de expresión del menor, buscando un entorno amigable, etc. Y este tipo de respuesta del Derecho es válido para todas las situaciones procesales en las que intervenga un menor, aunque esa respuesta deba ser adaptada, eso sí, a la distinta edad y madurez de la persona dentro de la minoría de edad. La misma afirmación es válida en relación con las personas de edad avanzada.

Esta adaptación es necesaria porque aunque el legislador haya establecido unos límites objetivos la realidad no lo es; la madurez de un joven de 21 años puede ser en algunas circunstancias equiparable a la de un menor de 16: la experiencia, el desarrollo de las propias cualidades, la instrucción que han recibido, etc. pueden generar importantes diferencias. También se puede afirmar que una persona de en torno a 65 años con escasa instrucción puede hallarse en un riesgo mayor de vulnerabilidad en el contexto de un proceso si la comparamos con una persona de 85 años que ha ejercido una profesión jurídica y que se encuentra en plenitud de facultades.

A pesar de estas diferencias, en mi opinión la edad como circunstancia de vulnerabilidad presenta una mayor homogeneidad que la discapacidad, que puede tener manifestaciones mucho más variadas. Esta diversidad sigue siendo ignorada por la Ley en cierto modo: no se distingue entre circunstancias de discapacidad motoras, sensoriales, intelectuales, etc. Como tampoco se diferencia (y, como he manifestado, sería oportuno) entre circunstancias de discapacidad permanentes o transitorias.

El legislador proclama en el Preámbulo de la Ley 8/2021 la necesidad de dar una respuesta adecuada a las necesidades de cada persona, así como la necesidad y proporcionalidad de las medidas que se acuerden. Sin embargo, esta diversidad parece haberse tenido en cuenta más en el ámbito material que en el procesal. Durante muchos años la diversidad de situaciones de discapacidad

se ignoraba con carácter general en todos los ámbitos, primordialmente en el anteriormente denominado procedimiento de incapacitación, lo que había dado lugar a una cierta tendencia a establecer por sentencia una incapacitación total, lo que evidentemente no se correspondía con la realidad de las personas con discapacidad, ya que algunas situaciones de hecho merecían esa consecuencia jurídica pero en otros casos esta medida no era necesaria y resultaba claramente desproporcionada[13]. Esta realidad jurídica (unida, sin duda, a las exigencias de la Convención de Nueva York) dio lugar a que en posteriores reformas se haya hecho hincapié en la necesidad de tratar a las personas con discapacidad de manera individualizada, pero este nuevo paradigma se ha reflejado sobre todo en el objeto de la sentencia de provisión de apoyos (art. 268 y ss CC); sin embargo, en otros ámbitos como el procesal no se ha puesto este mismo interés en que la respuesta del derecho se adapte a las circunstancias del caso concreto.

2. La heterogeneidad de la participación en el proceso

Si las circunstancias de las personas con discapacidad tienen un carácter heterogéneo, también se puede predicar la misma cualidad en lo que se refiere a sus posibilidades de participación en el proceso. La persona con discapacidad y sus necesidades son con frecuencia el objeto mismo del proceso y en él se van a adoptar decisiones que afectarán a la vida de la persona como sucede principalmente (aunque no solo) en el proceso de provisión apoyos[14]. La participación de la persona con discapacidad en estos trámites es particularmente relevante, puesto que la afección de las decisiones que se adopten a su actuar jurídico en el futuro requiere que se arbitren medidas que garanticen su intervención en el proceso salvando las posibles discriminaciones.

Sin embargo, los trámites de provisión de apoyos no agotan la posible relación en el proceso de la persona con discapacidad. La persona con discapacidad puede ser parte en un proceso de cualquier otra materia y en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales, ya sea como parte activa o como parte pasiva. Pero además de su participación en un proceso en cualidad de parte, puede intervenir como tercero procesal de múltiples formas: testigo, perito, postor en una

13. En la comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de la Sra. DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO (coordinadora del Área Jurídica Plena Inclusión España) afirmaba: «En España no existen estos datos sobre el número de personas que están incapacitadas, pero sí que es verdad que hace unos años la Asociación Española de Fundaciones Tutelares realizó un estudio en el que se examinó a las personas a las que se presta apoyo en el ámbito de las asociaciones o de las fundaciones tutelares para ver cuántas personas tenían una tutela o una curatela. Como ven aquí, el 87 % de los casos eran tutelas y únicamente el 12 % era curatelas.» Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 2020, nº 187. Nº expte. 219/000305, p. 37.

14. *Vid*. arts. 42 bis a y ss LJV y 756 y ss LEC.

subasta, tercero que defiende sus intereses en un proceso, sujeto requerido para una diligencia preliminar, depositario, etc. Este es el ámbito de la relación de la persona con discapacidad con el proceso al que dedicaré el resto del presente trabajo: no como sujeto sobre el que se proyecta directamente la decisión judicial sino como sujeto que participa en el proceso.

Las Reglas de Brasilia contemplan a los diversos colectivos vulnerables desde el punto de vista del acceso a la justicia, como ya he mencionado. Esta noción de acceso a la justicia no es concretada en ningún momento, pero el contenido de las Reglas de Brasilia permite deducir que la protección de la persona con discapacidad es contemplada únicamente en su cualidad de justiciable. Se deduce así con cierta claridad del propio título del capítulo II: «Efectivo acceso a la justicia para el ejercicio de sus derechos». Más allá de una cuestión formal referida a la rúbrica del capítulo, las medidas que se sugieren en el texto guardan relación con la personación en comparecencias, asistencia letrada, protección de la intimidad, etc. lo que evidencia que se pone especial énfasis en la actuación de la persona con discapacidad como parte.

El art. 13 de la Convención de Nueva York utiliza la misma expresión que las reglas de Brasilia: acceso a la justicia. Sin embargo, en este caso el sentido que se otorga a esta expresión es mucho más amplio, como especifica el propio contenido del artículo. El art. 13 establece, entre otras provisiones, la necesidad de «facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales». El acceso a la justicia en el contexto de la Convención de Nueva York ha de comprenderse, por tanto, en el sentido más amplio posible de esta expresión huyendo de cualquier tecnicismo que nos podría llevar a concluir que el art. 13 se aplica a la persona con discapacidad sólo en su cualidad de potencial parte activa. Incluye por supuesto la participación de la persona con discapacidad en un proceso como parte actora, que es el que sugiere la rúbrica del artículo, pero también la posibilidad de participar en todas las actuaciones relacionadas con la Administración de Justicia en cualquiera de las formas establecidas en la Ley. El campo de aplicación del art. 13 de la Convención de Nueva York tiene, por tanto, una visión amplia y que no se circunscribe a la condición de parte o al proceso civil. No en vano el art. 13.2 de esta norma hace una referencia a la necesaria formación de la policía y del personal al servicio de las instituciones penitenciarias en materia de personas con discapacidad.

Si volvemos la vista al derecho español es obvio que falta esta visión tan ampliamente comprensiva de la participación de las personas con discapacidad en todos los órdenes jurisdiccionales y en todas fases del proceso.

En nuestro país la atención a la persona con discapacidad parece mostrarse de manera más intensa en el orden jurisdiccional civil. Incluso, podría decirse que hasta fechas más o menos recientes, la legislación procesal civil consideraba a la persona con discapacidad tan sólo en su condición de parte procesal y además casi exclusivamente para contemplar la representación. Es evidente que este modelo no se compagina bien no sólo con lo requerido por la Convención de Nueva York sino con la forma actual de abordar la participación de las personas con discapacidad en todos los ámbitos: social, educativo, jurídico, etc.

Esta ausencia de una visión más integradora y comprensiva de la protección a la persona con discapacidad en el proceso tiene como muestra la regulación del legislador español de los ajustes en el proceso. En la reforma de 2021 se incluyó la regulación de los ajustes en el proceso en el art. 7 bis de la LEC. Creo esta opción es un error sistemático y que la ubicación correcta de una norma de esta naturaleza hubiera sido la LOPJ y más concretamente, su Título III, que contiene la regulación de las actuaciones procesales. Las razones me parece que son obvias.

Por un lado, y como he señalado, la Convención de Nueva York requiere que los ajustes para favorecer la participación en el proceso de las personas con discapacidad se adopten en todo tipo de procesos, no sólo los civiles. Por otro lado, las escasas normas de esta naturaleza que ya existen en nuestro ordenamiento se encuentran reguladas precisamente en sede de actos procesales en la LOPJ. Baste recordar la norma que exige que se provea la asistencia del intérprete de signos cuando sea necesario para la comunicación con alguno de los sujetos que intervienen en el proceso. Es verdad que la LOPJ se remite a lo dispuesto para cada caso en la ley procesal aplicable, pero hubiera sido más correcto que el desarrollo de esa previsión se incluyera en la LOPJ (art. 231). La inadecuada elección del legislador español hace que surjan dudas sobre la aplicación de los ajustes a los procesos de los restantes órdenes jurisdiccionales. Una vez más las facultades de gobierno del juez deberán suplir las carencias legales.

La inadecuación de la LEC como ubicación para una norma de este tipo queda patente si consideramos el aparente descuido del legislador a la hora de regular la protección del colectivo vulnerable de mayores en nuestro ordenamiento. La posible adopción de ajustes en el proceso para las personas con discapacidad se introdujo en nuestro ordenamiento con 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. En dicha reforma se introdujo un artículo 7 bis con redacción idéntica tanto en la LEC como en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Pocos años más tarde el legislador modifica el art. 7 bis LEC para incluir dentro de los posibles beneficiarios de los ajustes a las personas mayores[15]. Sin embargo, en esta ocasión la modificación se realiza solo en la LEC sin que afecte a la Ley de Jurisdicción Voluntaria cuyo ámbito, por tanto, queda al margen de la posible adopción de medidas recogidas en el art. 7 bis. No es necesario subrayar la inconveniencia de esta decisión u olvido del legislador, puesto que muchos de los expedientes a los que se refiere la Ley de Jurisdicción Voluntaria pueden afectar a las personas de edad avanzada[16]. Además, así como algunos ajustes pueden adoptarse de oficio si el tribunal lo considera conveniente: uso de un lenguaje comprensivo, acompañamiento por una persona de confianza, etc.; otros no pueden acordarse por el juez si no es con la oportuna cobertura legal, es el caso, por ejemplo, de la tramitación preferente de los asuntos en los que alguno de los interesados sea una persona de edad avanzada.

Estas y otras omisiones que previsiblemente se plantearán en el futuro, podrían haberse obviado si se hubiera elegido la LOPJ como sede de normas que establezcan ajustes. Una vez más destaco la conveniencia de que las disposiciones que regulan ajustes comprendan todas las fases procesales y en todos los órdenes jurisdiccionales, lo que se hubiera conseguido con la ubicación legal que sugiero para las normas de este tipo. Se evitaría además una dispersión normativa que me temo que ya se está produciendo, como se puede apreciar en la redacción del art. 4 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, que regula el derecho de la víctima «a entender y ser entendida» haciendo especial énfasis en el uso de un lenguaje claro, la provisión de la asistencia y apoyos que resulten necesarios así como la posibilidad de estar acompañada de una persona de su confianza. Con razón se ha querido ver en esta norma un precedente del art. 7 bis de la LEC y de la Ley de Jurisdicción Voluntaria[17].

Pero creo que no sólo es inadecuado el cuerpo legal, sino que también lo es su ubicación dentro de la LEC porque el art. 7 bis recordemos que se encuentra dentro de un capítulo que lleva como rúbrica «la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación», es decir, contempla solo la participación de las personas con discapacidad en el proceso en su cualidad de parte. Es verdad que esta es la forma de intervenir en un litigio que tiene mayor relevancia, porque la intervención en cualidad de parte implica una mayor afección a la persona vulnerable (al menos potencialmente), pero no es en absoluto la única forma de participación en un proceso y se aparta mucho del panorama que he ofrecido previa-

15. Art. 103 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

16. (LAFUENTE TORRALBA 2022, 29).

17. (DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, 2021, 1130).

mente aconsejada por los textos internacionales: intentar conseguir una justicia más inclusiva en todas las fases del proceso y con todos los matices que puede tener la intervención de un ciudadano en la actividad judicial.

Hay que reconocer que el texto de la Ley elude mencionar que los ajustes se realizarán sólo en los procesos en los que la persona con discapacidad sea parte, sino que ha preferido una expresión más vaga: los procesos en los que «participen» las personas con discapacidad, lo que permite incluir cualquier tipo de participación. Esta parece ser también la intención del legislador, puesto que en el apartado V del Preámbulo de la Ley 8/2021, cuando se anuncian las adaptaciones o ajustes se indica que se realizarán «en los procedimientos en que participen personas con discapacidad, con independencia de si lo hacen en calidad de parte o en otra distinta y que se llevarán a cabo en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario».

En las pruebas o en cualquier tipo de intervención de la persona con discapacidad en el proceso distinta de su intervención como parte nos encontramos con el silencio del legislador. Ello no es porque el legislador tuviera intención de discriminar, sino simplemente por falta de sensibilidad o desatención sobre la posible participación de las personas con discapacidad en el proceso.

Como excepción, en la regulación de la prueba testifical, sí aparece una alusión a los testigos con discapacidad, excluyendo de la idoneidad para ser testigo a las personas «que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos» (art. 361 LEC). Conviene recordar que la redacción del art. 361 LEC ha permanecido inalterada desde su aprobación en el año 2000 y, por consiguiente, es ajena a las posteriores modificaciones que tenían como objetivo adecuar nuestro ordenamiento a la convención de Nueva York.

La alusión del art. 361 LEC a la discapacidad de carácter sensorial es fuertemente deudora del concepto tradicional de prueba testifical que hace referencia a la percepción de los hechos a través de los sentidos y de forma directa por parte de quien testifica. La prohibición que pesa sobre las personas con discapacidad sensorial de declarar por hechos que sólo puedan ser conocidos por los sentidos de los que carecen es perfectamente lógica.

Pero encontramos además en el mencionado art. 361 LEC una alusión a la privación permanente de razón como causa de inidoneidad del testigo; dados los términos tan contundentes en que está redactada la LEC sobre la situación de hecho que da lugar a la inidoneidad también parece una prohibición comprensible y razonable.

En definitiva, se puede apreciar que las limitaciones para declarar como testigo no excluyen *a priori* a las personas con discapacidad, sólo lo hacen de forma relativa, cuando se trata de una discapacidad sensorial y de manera absoluta en circunstancias muy excepcionales y razonables.

Para los restantes casos de participación en el proceso ya sea como sujeto de prueba ya sea de cualquier otra forma, creo que la solución es aplicar de forma extensiva las previsiones del art. 7 bis LEC, como antes he anunciado.

Todo ello no es obstáculo para mantener que la ubicación del art. 7 bis dentro de la regulación de la capacidad es muy desafortunada. Defiendo, por tanto, la extensión del art. 7 bis a cualquier forma de participación en el proceso y en todas sus fases como se afirma en el Preámbulo de la Ley 8/2021 aunque no resulte con tanta claridad de la letra del artículo que nos ocupa.

Una vez más se puede afirmar que esta deficiencia se hubiera visto en gran medida salvada sólo con cambiar la ubicación de la norma que regula los ajustes en el proceso para las personas con discapacidad.

3. Un «traje a la medida» para las personas con discapacidad

Este panorama plural y dispar (heterogéneo) requiere una respuesta de las mismas características; por eso, no es extrañar que en nuestra jurisprudencia se utilizara un término que ha hecho fortuna, que es el del famoso traje a medida[18]. Esta expresión se empezó a utilizar en España mucho antes de la reforma de 2021, casi a continuación de la aprobación de la Convención de Nueva York y enseguida fue adoptada también por la doctrina[19].

Es verdad que la referencia a la necesidad de confeccionar un traje a la medida de la persona con discapacidad es una metáfora que se emplea fundamentalmente para aludir a la conveniencia de que la sentencia que pone fin al proceso (inicialmente de incapacidad, actualmente de provisión de apoyos) tuviera un contenido lo más individualizado posible para responder de forma adecuada a las necesidades de las personas con discapacidad. Sin embargo, es evidente que este símil también se puede aplicar a las medidas que ha de adoptar el tribunal para facilitar la participación de las personas con discapacidad en el proceso.

---

18. SSTS 283/2009 de 29 de abril (RJ\2015\2023), 341/2014 de 1 de julio (RJ\2014\4518), 244/2023 de 13 de mayo (RJ\2015\2023)

19. (ALÍA ROBLES, 2020, 15), (DE SALAS MURILLO, 2013,18), (FÁBREGA RUIZ, 2021,320).

Efectivamente son múltiples las situaciones de discapacidad a las que se tendrá que enfrentar el tribunal. Pude suceder que haya personas con discapacidad que no requieran de ningún ajuste en el proceso, pero, cuando así lo sea, cada persona con discapacidad tendrá necesidades distintas y también lo deberán ser las medidas que hay que adoptar. Incluso personas con un mismo diagnóstico médico pueden requerir de ajustes distintos por su habituación a su discapacidad, sus habilidades para interactuar con las distintas barreras, etc.

Teniendo esto en cuenta no parece muy conveniente que se proporcione un elenco cerrado de medidas para facilitar la participación de la persona con discapacidad en el proceso y en cambio se conceda cierta libertad al juez para adaptarlas a la heterogeneidad de situaciones que se pueden plantear[20].

Al mismo tiempo, la variedad de situaciones en las que una persona con discapacidad puede intervenir en el proceso también determinará las medidas adecuadas; la declaración telemática de un testigo, por ejemplo, puede hacer innecesarias la adopción de medidas que en sede judicial sí que se hubieran sido necesarias.

Este panorama en el que encontramos múltiples posibilidades de intervención en el proceso así como una amplia variedad de potenciales respuestas hace que la decisión sobre los ajustes o adaptaciones en el proceso plantee, con las debidas salvedades, problemas parecidos a los que podemos encontrar a la hora de acordar apoyos en la sentencia en lo que se refiere a la necesidad de adoptar medidas que sean las adecuadas para cada caso concreto.

Por tanto, igual que en la decisión de provisión de apoyos es conveniente encontrar una solución a la medida de la persona con discapacidad, también la decisión sobre los ajustes que proceda adoptar ha de contener medidas *ad hoc* si queremos que cumplan su función y, al mismo tiempo, no se acuerden de forma innecesaria. Para decidir adecuadamente qué ajustes se requieren, es imprescindible que se conozcan las circunstancias y las necesidades de la persona con discapacidad.

Por eso, en este contexto que aconseja adoptar soluciones a la medida de la persona con discapacidad que podría necesitar que se realicen ajustes en el proceso, conviene tomar en consideración el papel que juega la voluntad de la persona interesada.

---

20. Como analizaré más adelante (v. epígrafe 3 B).

A la hora de considerar si es oportuno o no realizar ajustes en el proceso en el caso de la persona con discapacidad, la regulación del art. 7 bis LEC cuando fue introducido en la LEC en el año 2021 únicamente hacía referencia a que en el proceso en el que participe una persona con discapacidad «se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios».

Pero este artículo fue modificado en el año 2023 y la redacción del art. 7 bis LEC posterior a la reforma señala: «En los procesos en los que participen personas con discapacidad y personas mayores que lo soliciten o, en todo caso, personas con una edad de ochenta años o más se acordarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios (…)», esta literalidad parece sugerir que existe un cierto automatismo a la hora de proveer ajustes a mayores de 85 años que, sin embargo, no se da para los mayores de 65 pero de edad inferior a 85 años o a personas con discapacidad.

Para que puedan ser acordados, los ajustes deben de ser solicitados, como indica el 7 bis LEC ya sea por las partes, el Ministerio Fiscal, aunque también pueden ser acordados de oficio, pero no son inicialmente obligatorios, como parece sugerir la LEC en el caso de los mayores de 85 años, aunque luego realizaré algún matiz relacionado con este supuesto.

Aunque no sea la persona con discapacidad la solicitante de los ajustes, sino que los pida otro de los sujetos procesales parece oportuno que la persona con discapacidad sea oída, no sólo por esa tendencia que exige que la persona con discapacidad disponga de la mayor autonomía posible sino por criterios de eficacia: si queremos adoptar medidas adecuadas lo lógico es que la persona con discapacidad sea quien manifieste sus necesidades[21]. Así lo establece el art. 268 CC: para la provisión de apoyos se atenderán la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad. Este criterio que la ley prevé para los apoyos, aplicado a las medidas de ajuste, redunda en la eficacia de las medidas que se adopten: permitirá no sólo que los ajustes sean los adecuados, sino que también evitará adoptar medidas que innecesarias.

De Araoz se plantea si cabe adoptar ajustes en el proceso en contra de la voluntad de la persona con discapacidad[22]. En mi opinión, esta pregunta ha de tener una respuesta afirmativa. De otro modo, no tendría sentido la norma que permite que cualquiera de las partes, el Ministerio Fiscal o el propio juez adviertan la necesidad de realizar ajustes en el proceso. Tampoco tendría sentido que el juez, siguiendo la voluntad de la persona con discapacidad contraria a los

21. (DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, 2021, 1129).

22. *Loc. cit.*

ajustes, permita que se realicen actuaciones en las que se vulneran las garantías procesales a causa de la falta de adopción de ajustes.

Considero, en definitiva, que la decisión última sobre la adopción de ajustes corresponderá siempre al juez, que valorará su necesidad. Por tanto, con independencia del sujeto que haya propuesto adaptaciones o ajustes y con independencia también de la voluntad de la persona con discapacidad, el juez adoptará en cada caso la decisión que estime oportuna: acordar o no acordar los ajustes solicitados y, en caso positivo, fijando su extensión en la medida que considere adecuada. Me baso para ello en la expresión que utiliza el legislador en el 7 bis 1 *in fine*: «Las adaptaciones se realizarán en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario (…)». Esto indica que, si el tribunal considera que las adaptaciones o ajustes no resultan necesarios, se podrá prescindir de ellos[23]. Queda a salvo la tramitación preferente de los asuntos, medida que no responde a la eliminación de barreras ni evita discriminaciones, con lo cual no puede decirse que sea una medida estrictamente necesaria; simplemente implica directamente una situación ventajosa para la parte y resulta difícil pensar que en algún caso el interesado quiera renunciar a ella.

Además de la audiencia a la persona con discapacidad puede resultar oportuno que se oiga también a sus familiares, a las personas que le son más cercanas o a las entidades de apoyo. No sólo porque a veces la persona con discapacidad no puede manifestar sus necesidades sino también por proporcionar al juez más elementos de juicio y discernir qué ajustes son verdaderamente necesarios.

Quiero aclarar que cuando me refiero a que es necesario recabar la opinión de la persona con discapacidad y de sus allegados no estoy sugiriendo que se añadan al proceso audiencias o trámites que sólo servirían para alargar el proceso y perjudicar a las personas con discapacidad (y a cualquiera de los que intervienen en el proceso), sino que bastaría con un trámite simple que ni siquiera tendría que interrumpir el proceso; sería suficiente con dar a la persona con discapacidad la posibilidad de remitir al juzgado un cuestionario en papel (al estilo del que han de cumplimentar los jurados para hacer valer las excusas), pedir en la demanda las medidas que se deberían adoptar en la vista o sin más ponerse en contacto con el juzgado sin ninguna otra formalidad para poner de

23. Aunque excede del objeto del presente trabajo, esta opinión sería válida también para los ajustes que el legislador prevé para los mayores de 85 años, para los que la LEC establece una adopción automática. ¿Se podría prescindir de ellos? Entiendo que sí, puesto que la LEC se refiere a los ajustes «que sean necesarios» lo que implica que si el juez valora que la persona mayor de 85 años no requiere que se realice ningún ajuste en el proceso, no deberá acordar ninguno a salvo, claro está, de la tramitación preferente a la que me he referido.

manifestar las necesidades de la persona con discapacidad[24]. A pesar de esta afirmación, coincido con DE LUCCHI cuando defiende que hubiera sido aconsejable prever una mínima regulación que pudiera despejar dudas sobre la realización de la petición, posible necesidad de aportar un justificante médico, entre otras cuestiones[25].

Comparto también la opinión de que los ajustes pueden solicitarse y adoptarse en cualquier momento del proceso[26]. No establece la LEC un momento preclusivo y, por tanto, cabría la posibilidad de que aunque inicialmente no se hayan solicitado ajustes, se realice esta petición posteriormente para el resto del proceso o incluso únicamente para un trámite concreto.

II. La convención de Nueva York y la reforma de la ley 8/2021: provisión de apoyos y adopción de medidas de ajuste

Desde la aprobación de la Convención de Nueva York en 2006 y su posterior ratificación por España en 2008 los tribunales españoles venían invocando este texto internacional para interpretar las normas de nuestro ordenamiento, en la medida de lo posible, conforme a lo establecido en la Convención[27].

Sin embargo, no es hasta el año 2021 cuando se produce la modificación de diversos cuerpos legales de nuestro ordenamiento 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. El apartado I del Preámbulo de la Ley 8/2021 alude al cambio de modelo en el tratamiento de la discapacidad, mencionando el respeto al ejercicio de la capacidad jurídica como medida principal que refleja este cambio de paradigma.

En el ámbito procesal la principal consecuencia de este cambio de paradigma es la modificación del proceso de incapacitación que tras la reforma pasa a ser sustituido por una pluralidad de trámites (algunos de jurisdicción voluntaria y otros de jurisdicción contenciosa) para proveer medidas de apoyo. Los apoyos son necesarios cuando la discapacidad supone un obstáculo para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica, por tanto, son medidas necesarias cuando la discapacidad tiene síntomas psíquicos o intelectuales. Estos pueden ir acompañados de

---

24. En el mismo sentido ROCA MARTÍNEZ que aboga por el antiformalismo en los trámites cuando intervengan personas con discapacidad (ROCA MARTÍNEZ 2022, 276).

25. (DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2021, 12).

26. (ROCA MARTÍNEZ 2022, 276).

27. Véase las SSTS 282/2009 de 29 de abril (RJ\2009\2901), 341/2014 de 1 de julio (RJ\2014\4518) o 245/2015 de 13 de mayo (RJ\2015\2023).

dificultades motoras o físicas, pero no siempre sucede así. Por ello no es de extrañar que algunos autores manifiesten que la provisión de apoyos va destinada a personas con «problemas cognitivos» o personas con discapacidad mental y/o intelectual, lo que excluye, por ejemplo, que una persona con discapacidad exclusivamente motora presente una solicitud de provisión de apoyos[28].

Las personas para las que se solicita un apoyo (o aquellas para las que ya hay un apoyo previsto) es muy posible que requieran de ajustes en el proceso, habida cuenta de que el apoyo implica reconocer que la persona tiene ciertas barreras en el ejercicio de la capacidad jurídica. Estas barreras o limitaciones es lógico que se manifiesten no sólo en el ámbito material sino también en el procesal.

En el proceso la persona que recibe apoyos comparecerá con la asistencia que se haya previsto en la resolución de apoyos o con la asistencia interina que se prevea (arts. 269 y 295 CC). Pero además y habida cuenta de los distintos tipos de discapacidad que dan lugar a la provisión de apoyos puede suceder que sea necesario la realización de ajustes en el proceso, para que la persona pueda participar en el proceso en condiciones de igualdad al resto de las personas. Esto se producirá cuando la circunstancia que da lugar a la provisión de apoyos sea una discapacidad que impida gravemente el pleno ejercicio de la capacidad jurídica, pensemos en una persona con una demencia avanzada.

Sin embargo, no se puede desconocer que puede haber otro tipo de patologías, que impliquen la necesidad de proveer apoyos, pero que no requieran de la adopción de medidas de ajuste en el proceso[29].

Los ajustes que requiere la persona que recibe apoyos, cuando sean necesarios, se referirán muy probablemente a la comprensión y a la comunicación de las actuaciones procesales. Conviene señalar además que los ajustes y las adaptaciones en el proceso no dejan de ser necesarios por el hecho de que la persona que los recibe comparezca asistida o representada por el prestador de apoyos, ya que la Ley impone que la persona con discapacidad realice algunas de las actuaciones por sí misma como es el caso de la preceptiva entrevista a la persona con discapacidad (arts. 759.1.1º LEC y 42 bis b LJV). Si la persona sufre

---

28. (ALEMANY, 2021, 2), (PALLARÉS NEYLA 2020, 4).

29. Podemos encontrar un ejemplo de esta situación en el primero de los casos de provisión de apoyos que resolvió el Tribunal Supremo en la STS 589/2021 de 8 de septiembre. Se pedían los apoyos para una persona plenamente orientada, con un razonar coherente y que era capaz de dar cuenta al tribunal de forma esmerada de sus gastos y su economía doméstica y para la que, sin embargo, se proveyeron medidas de apoyo en la medida en que resultaba imprescindible para evitar que el síndrome de Diógenes que padecía pusiera en riesgo su salud e higiene así como la de sus vecinos. Posiblemente esta persona no requiriera de ajustes en el proceso pero se acordó finalmente la prestación de apoyos.

una discapacidad que le impide incluso expresarse de cualquier manera (por encontrarse en coma o por lo avanzado de cualquier patología) entonces el resultado es que se sustituye la entrevista por un examen externo.

Obviamente, cabe la posibilidad de que una persona que recibe apoyos tenga también alguna discapacidad de tipo sensorial, motor, etc. de tal forma que además de los apoyos que sirven para la mejor comprensión y comunicación en el proceso sea necesario algún tipo de asistencia de ese tipo: ausencia de barreras arquitectónicas, intérprete en lenguaje de signos o la medida que se considere necesaria y el juez juzgue oportuna.

Me he referido a la participación de la persona que recibe apoyos precisamente en los trámites de provisión o de revisión de apoyos, pero las mismas afirmaciones servirían para los casos en que participa en cualquier otro proceso de los distintos órdenes jurisdiccionales y en cualquiera de sus fases.

Así como la persona que necesita apoyos normalmente necesitará que se adopten alguna de las medidas que prevé el art. 7 bis LEC o 7 bis LJV, el ámbito subjetivo de este artículo no queda reducido a ese colectivo de personas con discapacidad.

Por el contrario, la adopción de medidas de ajuste o las adaptaciones pueden tener como sujeto a personas que tienen exclusivamente discapacidades de carácter físico, motor, sensorial pero que, sin embargo, no son (al menos en el momento en que se desarrolla el proceso) sujetos que requieran apoyos o que tengan limitaciones en el ejercicio de la capacidad jurídica. Retomando alguno de los ejemplos que mencionaba al inicio de este trabajo, puede suceder que haya una persona con una discapacidad que causa severas limitaciones de carácter motor (una paraplejia, por ejemplo) y, sin embargo, esa persona puede no tener ninguna dificultad en el ejercicio de la capacidad jurídica.

En definitiva, aunque tanto los ajustes a los que se refieren el art. 7 bis de la LEC y la LJV como el proceso de provisión de apoyos son respuesta a las necesidades de las personas con discapacidad, sin embargo, pueden ser muy distintas las circunstancias de discapacidad a las que responden. Normalmente los trámites de provisión de apoyos responderán a circunstancias de discapacidad que producen síntomas relacionados con las capacidades intelectivas y volitivas mientras que el art. 7 bis LEC y LJV se aplicarán a discapacidades que tienen manifestaciones no sólo en el intelecto sino también de índole sensitiva o motora.

III. Los ajustes en el proceso civil

1. La legitimación para solicitar los ajustes

El art. 7 bis LEC permite que los ajustes se acuerden de oficio, pero también establece una norma de legitimación, sobre la que cabe hacer dos precisiones.

La primera es que el legislador concede legitimación para solicitar los ajustes a las partes y al Ministerio Fiscal. Sin embargo, se olvida que la persona con discapacidad puede intervenir en el proceso de forma que no sea como demandante o demandado. Sería el caso, por ejemplo, un testigo con discapacidad que vaya a declarar en el proceso y que, de acuerdo con la literalidad de la LEC, no podría pedir que se acuerden ajustes a la hora de prestar declaración. Como he tenido ocasión de defender anteriormente, esta disfunción se hubiera solventado concediendo legitimación para solicitar los ajustes a los «sujetos interesados», en lugar de a quien es parte en el proceso[30]. Es verdad que en la mayoría de los casos, las necesidades de la persona con discapacidad pueden llegar al tribunal a través de cualquiera de los legitimados: las partes del proceso o el Ministerio Fiscal. En último término, se podría cursar esta petición al juez directamente para que las acuerde de oficio[31]. Sin embargo, esta laguna demuestra, una vez más, que nuestro legislador carece de una visión omnicomprensiva de la participación de la persona con discapacidad en cualquier tipo de proceso, como hubiera sido deseable.

La normativa de la Comunidad Autónoma de Madrid que regula la figura del facilitador, recientemente aprobada, introduce una norma en la que establece como una de las actuaciones a realizar por este profesional la de informar al juez por escrito de los ajustes de los que pueda requerir en el proceso la persona con discapacidad[32]. Es evidente que no se trata de legitimación, para la que una disposición autonómica carecería de competencia en este ámbito, de ahí que el legislador utilice el término de «informar» al juez de los ajustes que en opinión del facilitador se requieran. Por el mismo motivo y por la naturaleza de esta actuación no es necesario que el juez dé una respuesta a esta petición y, obviamente, no hay una obligación de atenderla. En todo caso, tal y como está

30. (GARCIMARTÍN MONTERO, 2021, 40).

31. DE LUCCHI también defiende que cualquier tipo de participación en el proceso de la persona con discapacidad determine su legitimación para solicitar ajustes (DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2021, 12).

32. El art. 7.1 del Decreto 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el servicio y se regula la figura del personal experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad en las sedes judiciales de la Comunidad de Madrid establece lo siguiente: «La actividad del personal experto facilitador consistirá en informar de forma fundamentada y por escrito al órgano judicial que conozca sobre un asunto en el que participe una persona con discapacidad y a los diferentes operadores jurídicos que intervengan en el mismo, sobre los apoyos y ajustes necesarios para que esta pueda participar y ejercer plenamente sus derechos en el proceso judicial».

concebida la figura del facilitador, se da a entender que la tarea que *a priori* correspondería al tribunal de oír a la persona con discapacidad a este respecto, valorar su situación, etc. con el fin de acordar ajustes pasa, en gran medida, a ser asumida por el facilitador.

2. El objeto de los ajustes

Me he referido antes, al mencionar las distintas posibilidades de participación en el proceso de la persona con discapacidad, a la cuestión del ámbito subjetivo de los ajustes: para quién pueden acordarse y quién los puede solicitar. Corresponde ahora analizar cuál puede ser su objeto.

Esta cuestión es tratada, para el proceso civil, en el art. 7 bis LEC así como en el art. 7 bis LJV para los expedientes de jurisdicción voluntaria ambos artículos mantienen una redacción idéntica para las personas con discapacidad (no así para los vulnerables mayores).

En su primer inciso el art. 7 bis LEC se limita a indicar que se acordarán los ajustes que sean necesarios. Estos pueden ser tan variados como lo son las circunstancias en que se manifiesta la discapacidad: celebración de la actuación procesal en una sala sin barreras arquitectónicas, horarios convenientes para la persona con discapacidad, sesiones que no sean demasiado largas o en las que se permita un descanso, prescindir de formalismos (sin merma de las garantías) en los interrogatorios, etc.

Dada la variedad de circunstancias en las que se puede encontrar la persona con discapacidad resulta comprensible que el art. 7 bis LEC rehúya realizar un elenco o lista de posibles adaptaciones lo cual, me parece una opción que ha de valorarse de forma positiva[33].

Como excepción el legislador sí que concreta alguna de las medidas que se pueden adoptar en el ámbito de la comunicación de la persona con discapacidad y es que ciertamente se puede advertir que la regulación del art. 7 bis LEC hace especial hincapié en esta materia.

Esto es lógico si tenemos en cuenta que para asegurar la participación de una persona en cualquier tipo de trámite relacionado con la justicia es esencial que reciba la información correctamente, como también lo es que pueda expresar su voluntad de manera que sea recibida adecuadamente por el órgano judicial.

---

33. (DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, 2021, 1130), (DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2021, 13).

Este interés se puede apreciar de forma reiterada en la letra del art. 7 bis LEC: el art. 7 bis 1 LEC que tiene un carácter más general alude a que las adaptaciones han de incluir los actos de comunicación y el art. 7 bis 2 está destinado de forma expresa a regular las medidas que tienen como finalidad conseguir que la persona con discapacidad pueda «entender y ser entendida», en los términos que utiliza el propio artículo.

Por tanto, las medidas concretas contenidas en la LEC se despliegan en el ámbito de la comunicación, no en el del acceso o el de la movilidad[34]. Creo que quizá es en este ámbito en el que el art. 7 bis LEC merece una valoración más positiva, porque en lo que se refiere a los ajustes materiales era más fácil que fueran atendidos por el juez dentro de sus facultades de gobierno. Sin embargo, el énfasis en la comunicación es una novedad que ha de ser bienvenida.

Las adaptaciones en este ámbito afectan a cualquier tipo de actuación o trámite procesal en el que proceda comunicarse con la persona con discapacidad. Coincido con aquellas opiniones que abogan porque en esta materia no se interprete la expresión «actos de comunicación» en sentido técnico procesal, restringiendo los ajustes a lo que la LEC considera estrictamente un acto de comunicación en los arts. 149 y ss[35]. Actos de comunicación, por consiguiente, deberá entenderse en el sentido común de la expresión.

Las medidas que establece el legislador para conseguir la correcta comunicación con la persona con discapacidad son de dos tipos.

En primer lugar, el art. 7 bis LEC hace alusión a ajustes que aspiran al uso de un lenguaje «sencillo, claro y accesible», dice la letra de la Ley, en el que se huya de tecnicismos o de palabras de difícil comprensión. Este esfuerzo en utilizar un lenguaje comprensivo involucra no sólo al juez sino a todos aquellos que intervienen en el proceso[36].

En segundo lugar la LEC menciona los ajustes para personas con discapacidad auditiva: así, el legislador menciona a las personas sordas y sordociegas señalando que se utilizará la lengua de signos y los medios que resulten necesarios.

En este uso de medios de comunicación que faciliten la comunicación con las personas con discapacidad se aprecian carencias. Por ejemplo, no se menciona

---

34. DE LUCCHI hace una oportuna clasificación de los apoyos ubicándolos en tres ámbitos distintos: el de la interacción, el de la comprensión y del de la comunicación. (DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2021, 13).

35. (DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, 2021, 1130), (DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2021, 13).

36. (ROCA MARTÍNEZ 2022, 278).

la traducción al Braille de los documentos, ni si quiera los más importantes, aunque quizá es porque esta traducción puede suplirse fácilmente por la lectura de la documentación que resulte necesaria, etc. Tampoco se menciona el uso de mecanismos alternativos de comunicación como mímica, dibujos, etc. que pueden ser útiles en el caso de ciertas discapacidades[37]. No obstante, habida cuenta del carácter no exhaustivo de los ajustes que menciona el legislador, todos esos medios tienen fácilmente cabida para hacer más sencilla la comunicación si así lo considera oportuno el tribunal.

Comparto la opinión de quienes consideran que los ajustes, en la medida de lo posible, deberían ser permanentes[38]. En alguno de los casos es obvio: parece oportuno que los juzgados carezcan de barreras arquitectónicas (en muchos casos ya es así) y el uso de un lenguaje fácil (al menos en algunas actuaciones) son medidas que beneficiarían a toda la ciudadanía. En definitiva, aquellos ajustes que benefician a un amplio número de personas (con independencia de que su pertenencia a un colectivo vulnerable) deberían tomarse en consideración para ser adoptadas en la actividad judicial con carácter permanente.

3. El acompañamiento personal a la persona con discapacidad

Además de las medidas relativas a facilitar la comunicación; el legislador hace referencia en el art. 7 bis LEC a la posible provisión de un acompañamiento personal a la persona con discapacidad. Este acompañamiento personal se desdobla en sujetos: por un lado, la LEC contempla la posibilidad de que la persona con discapacidad esté acompañada por alguien de su confianza; por otro lado, la asistencia de un «profesional experto» que actúe como facilitador que realice las tareas de adaptación necesarias.

En cuanto al acompañamiento personal es el procurado por una persona elegida por la persona con discapacidad. Este acompañamiento puede ser prestado por un familiar, el prestador de apoyos o cualquier otra persona, sin ningún requisito; también parece oportuno que se permita que cambie durante el proceso[39].

De la denominación «acompañante» puede decirse que su tarea se limitará a eso: a estar presente junto con la persona con discapacidad en el proceso sin

37. (DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, 2021, 1131).

38. (MARIÑO DE ANDRÉS, 2022, 60) El autor aboga sensatamente por extender, al menos alguno de los ajustes a todas las relaciones en el ámbito iusprivatístico.

39. (DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, 2021, 1132).

intervenir o actuar de intermediario entre el juez y la persona con discapacidad, evitando que *de facto* implique una asistencia o incluso una representación, tarea que no está en absoluto prevista en la ley para el acompañante. La posibilidad de estar acompañado por otra persona beneficia no sólo a las personas con discapacidad sino también a los mayores.

En cuanto al facilitador, es un «profesional experto» que está previsto que «realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida» según establece el art. 7 bis LEC. La figura del facilitador no está regulada más allá del escueto párrafo que le dedica el art. 7 bis LEC, lo que obviamente plantea severas dudas.

Ante la ausencia de regulación, la tarea del facilitador ha venido siendo desempeñada hasta ahora por las entidades prestadoras de apoyos[40]. Sin embargo, la Comunidad de Madrid ha sido pionera en la regulación de la figura del facilitador a través del D 52/2025 de 8 de mayo.

En la regulación establecida por la Comunidad de Madrid se establece la titulación y formación adicional necesaria para ser facilitador, los principios de actuación, sus funciones básicas y la forma de realizarlas.

Del art. 9 D 52/2025 de 8 de mayo se deduce que la intervención del facilitador en el proceso civil se llevará a cabo *ad hoc*; aunque se alude a que cuando la persona con discapacidad sea una víctima del proceso penal en ese caso será asistida por personal de los equipos psicosociales de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del delito de la Comunidad de Madrid que actuarán como facilitadores.

En mi opinión, hubiera sido más oportuno regular una figura estable que desempeñe esta tarea de forma continuada para todos los casos que se presenten en el juzgado. Esa estabilidad permitiría al facilitador familiarizarse con la manera de llevarse a cabo las actuaciones judiciales lo que ayudaría a que pueda llevar a cabo su tarea sin interferir en la actuación judicial; se evitaría también una posible dilación del proceso producida por el nombramiento del facilitador para los casos en que sea necesario.

La previsión de este acompañamiento personal a la persona con discapacidad merece sin duda una valoración positiva. No obstante, surgen numerosas dudas sobre su función que se agravan por la indefinición del art. 7 bis LEC. En este sentido hay que evitar que tanto el acompañante como el facilitador pue-

40. (DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, 2021, 1132).

dan interferir en la expresión de las opiniones de la persona con discapacidad, por eso es oportuno que el juez esté alerta para evitar cualquier posible intromisión de ese tipo. Entiendo que también cabe que el juez aperciba al facilitador o al acompañante si considera que intentan influir en las declaraciones o manifestaciones de voluntad de la persona con discapacidad, pudiendo incluso expulsarlas de la sala en alguna actuación procesal si se extralimitan o si se considera que su presencia, en lugar de ser beneficiosa para la persona con discapacidad, resulta contraproducente.

4. Límites de los ajustes

Antes de concluir este apartado me gustaría hacer referencia a una cualidad que han de tener los ajustes que no aparece en la LEC, pero sí en alguno de los artículos de la Convención de Nueva York.

El art. 5 de la Convención de Nueva York dispone: «A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables»; a su vez, el elenco de definiciones contenido en el art. 2 de la misma norma incluye la de ajustes razonables, que serán «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular».

No obstante, como hace notar De Lucchi, el art. 13 prescinde del calificativo de «razonables» a la hora de contemplar los ajustes en el ámbito del proceso; esto nos puede conducir a la cuestión de si los ajustes han de ser razonables o no, a la que la autora responde en sentido negativo: todos los ajustes que se lleven a cabo en el proceso han de considerarse razonables[41].

Es llamativo que la norma española no haga una referencia a esta idea de que los ajustes no han de suponer una carga desproporcionada o indebida. Quizá fue fruto de un temor del legislador a que, por una cierta cicatería, se rechazaran por razones económicas la mayoría de los ajustes que se proponen. A pesar de todo, la Convención no está sugiriendo que se rechacen los ajustes que implican un elevado coste económico, sino aquellos que no son proporcionados a la circunstancia de discapacidad de la persona. Esta idea, aunque no esté contenida en la redacción del art. 7 bis LEC parece razonable que sea tenida en cuenta por el tribunal a la hora de proveer los ajustes que le solicitan.

41. (DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2021, 10).

Entiendo que el art. 7 bis no puede ser interpretado en el sentido de que cualquier ajuste en el proceso que se solicite ha de ser acordado, así parece deducirse del calificativo que ha escogido el legislador español para los ajustes indicando que deben acordarse los que sean «necesarios». De ahí que se haya defendido que el límite de los ajustes son las garantías procesales[42].

Será tarea del juez valorar si los ajustes solicitados sirven a su fin: garantizar que la persona con discapacidad participe en el proceso en condiciones de igualdad. En mi opinión también se puede prescindir de los ajustes si, a pesar de su adopción, el juez percibe que no van a ser útiles para superar las barreras o los límites que la persona con discapacidad encuentra al interactuar en el ámbito de la justicia. Esto puede suceder con relativa frecuencia en el caso de discapacidades muy severas.

IV. A modo de conclusión

Las distintas caras del fenómeno de la discapacidad son un elemento diferencial si lo comparamos con otras circunstancias generadoras de vulnerabilidad. En mi opinión el legislador no ha tomado en consideración esta heterogeneidad, como tampoco ha considerado las múltiples formas en las que se puede participar en el proceso más allá de la intervención como parte.

Frente a este panorama plural la respuesta del derecho a la realidad de la persona con discapacidad ha sido la provisión de ajustes y apoyos que, sin embargo, tienen un carácter uniforme.

Esta homogeneidad, unida a una regulación escasa, ocasiona lagunas legales: la falta de legitimación de la persona con discapacidad que no es parte para solicitar ajustes, la ausencia de protección legal a la persona con discapacidad temporal, la eficacia de la voluntad de la persona con discapacidad en relación con los ajustes o el alcance de la actuación del facilitador. Estas y otras carencias legales han de ser solventadas, en su mayoría por las decisiones que adopte el juez en su tarea de gobierno.

42. (ROCA MARTÍNEZ 2022, 276).

V. Bibliografía

ALEMANY, M., «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad», en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política*, (Dir. MUNAR BERNAT, P. A.) Madrid, Ed. Marcial Pons, 2021.

ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos en el Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», en *Actualidad Civil*, 2020, nº 2.

BERNARDO SAN JOSÉ, A., «La reforma de la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica a la luz de la Convención de Nueva York», en, *Tutela Judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad*, (Dir. BANACLOCHE PALAO, J.), Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2020.

DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., «Comentario al art. 7 bis. Ajustes para personas con discapacidad», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (Dir. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.), Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2021.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Práctica de Tribunales*, 161, 2021.

DE SALAS MURILLO, S., «Repensar la curatela» en *Derecho Privado y Constitución*, 2013, nº 11.

FÁBREGA RUIZ., C., «Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el proyecto de ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad», en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política*, (Dir. MUNAR BERNAT, P. A.), Madrid, Ed. Marcial Pons, 2021.

GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2021.

LAFUENTE TORRALBA, A., «Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales», en *Los vulnerables ante el proceso civil* (Dir. HERRERO PEREZAGUA, J. F. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J.), Barcelona, Ed. Atelier, 2022.

MARIÑO DE ANDRÉS, A. M., «Un nuevo paradigma sustantivo: Ley 8/202, 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», en *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (Dir. CALAZA LÓPEZ, S y PILLADO GONZÁLEZ, E.), Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2022.

PALLARÉS NEILA, J., «Quién, qué y por qué. El estándar de intervención en el Proyecto de Ley para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Actualidad Civil*, 2020, nº 10.

ROCA MARTÍNEZ, J. M., «Expedientes en materia de discapacidad (Mucho ruido…)», en *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (Dir. CALAZA LÓPEZ, S y PILLADO GONZÁLEZ, E.), Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2022.

El «dictamen pericial de profesional especializado en el ámbito social y sanitario» en el proceso judicial de provisión de apoyos

Una exigencia normativo-procesal en la apreciación de la realidad de la persona con discapacidad

Jessica Naranjo Rodríguez
Doctora en Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. CAMBIO DE PARADIGMA EN LA TUTELA JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. 1. *El hito normativo de la ley de 2 de junio de 2021*. 2. *Novación procedimental: del proceso de incapacitación al expediente de provisión de apoyos y, subsidiariamente, al proceso del art. 756 LEC*. 3. *En particular, sobre la prueba pericial: del abandono del modelo exclusivamente médico*. II. LA EXIGENCIA DE UN DICTAMEN PERICIAL DE «PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN EL ÁMBITO SOCIAL Y SANITARIO». III. TIPOLOGÍA. 1. «*Dictamen pericial sanitario*». A) Dictamen pericial médico *vs*. Informe clínico. B) Informe pericial de terapeuta ocupacional. C) Informe pericial logopédico. 2. «*Dictamen pericial de profesional especializado en el ámbito social*». A) Informe pericial social. B) Informe pericial socio-educativo. 3. *Otros: el informe psicológico*. IV. MOMENTO DE APORTACIÓN/ADOPCIÓN. 1. *Junto a la solicitud de inicio del expediente previo de jurisdicción voluntaria*. 2. *De oficio en el proceso judicial de provisión de apoyos.* A) En la primera instancia. i. Existencia de un dictamen pericial sanitario o social aportado o acordado en expediente tramitado previamente: ¿una excepción al mandato del art. 759.1 3º LEC? ii. La negativa de la persona con discapacidad a ser reconocida por perito sanitario, social u otro profesional especializado designado judicialmente. B) En la segunda instancia. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. Cambio de paradigma en la tutela judicial de la persona con discapacidad

1. El hito normativo de la ley de 2 de junio de 2021

La ley española de derechos de las personas con discapacidad de 2013 no satisfizo del todo la obligación impuesta por el art. 4 de la Convención de Nueva

York consistente en que los Estados debían adoptar todas las medidas legislativas con el fin de hacer efectivos los derechos reconocidos en ella. Aquel dictado normativo se reveló insuficiente a los efectos de poder entender consumada la metamorfosis que, con la aprobación del texto internacional de Naciones Unidas, se pretendía consolidar: la igualdad de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. En efecto, el reconocimiento de que las personas mayores de edad —o menores emancipados— con discapacidad tienen la misma capacidad jurídica que los demás[1] era clave de bóveda sobre la cual reposaba todo el sistema de principios y derechos reconocidos en la Convención. Por consiguiente, los instrumentos normativos que los Estados Parte fueron adoptando a la luz del sistema de protección trazado por la Convención, pero sin hacer efectiva esa igualdad, no culminarían su verdadero propósito.

En España hubo que esperar a 2021 para que se reconociera a las personas con discapacidad el goce pleno en condiciones de igualdad de todos sus derechos y libertades al mismo tiempo que, para reequilibrar el posible desajuste que la discapacidad pudiese causar en el desarrollo pleno de su personalidad o en su desenvolvimiento jurídico, se preveían unas medidas de apoyo basadas en los principios de necesidad y proporcionalidad, así como en el respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad.

El espíritu de la Convención de 2006, de este modo, enraizó definitivamente en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reformó la legislación civil y procesal instaurando un nuevo tratamiento jurídico de las personas con discapacidad en nuestro país[2]. Esta reforma, además de provocar la extinción de la incapacidad como estado civil[3], asienta un sistema

---

1. Art. 12.2 de la Convención de Nueva York de 20067 sobre los Derechos de las personas con discapacidad según el cual «Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida».

2. También aquellas cuya capacidad ya ha sido judicialmente modificada. Las nuevas disposiciones normativas, tanto civiles como procesales, que la Ley 8/2021 ha introducido para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, también son susceptibles de ser aplicadas a situaciones pasadas y, por tanto, antes de su entrada en vigor. La DT 5ª de esta nueva Ley prevé la revisión, por parte la autoridad judicial, de todas y cada una de las medidas establecidas con anterioridad al 3 de septiembre de 2021, fecha en la ley que entró en vigor. Por otra parte, la novación del este tratamiento jurídico de la persona con discapacidad también se ha trasladado a aquellos territorios con derecho foral en los que las disposiciones civiles reformadas se aplican como derecho supletorio. Un ejemplo es el Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el CC de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad y que permite designar a un asistente (figura equivalente al curador asistencias con posibilidad de atribución de funciones representativas) no solo judicialmente sino también notarialmente mediante el otorgamiento de escritura pública.

3. En efecto, transcurrida más de una década desde la ratificación por España de dicha Convención, así como su Protocolo Facultativo, ha llegado el momento de abandonar el entendimiento de la incapacitación como estado civil y configurar un régimen jurídico de la discapacidad cuyo punto de partida sea el reconocimiento de la capacidad de la persona (SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad; reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas

de *apoyos* que viene a reemplazar al de *sustitución* respecto de quien había sido declarado judicialmente incapaz por adolecer de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico.

2. Novación procedimental: del proceso de incapacitación al expediente de provisión de apoyos y, subsidiariamente, al proceso del art. 756 lec

La consecuencia natural de que en una sociedad se haya desterrado jurídicamente la incapacidad es la inexistencia, en adelante, de incapacitados o incapaces. Tampoco parece apropiado —por coherencia socio-normativa— que se hable o se diga de alguien que es incapaz o incapacitado en alusión a una falta de capacidad por razón de la discapacidad que sufre. Es una conclusión lógica de la premisa voluntariamente asumida por los Estados Parte de la Convención de nueva York de que todos los ciudadanos gozan de una misma capacidad, tanto jurídica como de obrar, aunque para el ejercicio de esta última, algunos puedan requerir de algún apoyo y de salvaguardias que lo aseguren. En lo jurídico, los efectos deben constreñirse necesariamente a la esfera civil, pero —ineludiblemente— también a la procesal.

La sanción extintiva de nuestro Derecho hacia la incapacidad como estado civil determina la inexigibilidad de su declaración judicial respecto de la persona que adolezca de una discapacidad que le impida —como se decía en el anterior art. 200 CC— gobernarse por sí misma. En efecto, la necesidad del proceso de incapacitación para la satisfacción de una pretensión cual era la de modificar la capacidad de la persona con discapacidad para —sobre todo— que un tercero asumiera su representación venía justificada por la gravedad o la intensidad con la que una patología podía estar afectando a la autonomía de la voluntad de esa persona, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial.

En el nuevo marco legal, la desaparición de la incapacidad ha traído consigo —por lógica procesal— la derogación del proceso previsto en la LEC para la satisfacción de esa tutela[4] y ha desplazado, para estos casos —y siempre en defecto de disposiciones o medidas de naturaleza voluntaria previamente establecidas por la persona con discapacidad o de la ineficacia de una guarda de

---

con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», Revista de Derecho Civil, vol. VII, núm.5 [octubre-diciembre 2020], Ensayos, pág. 387).

4. Regulado en el art. 756 y ss. LEC (De los procesos sobre la capacidad de las personas). Asimismo, ha sido derogado el proceso por el que se declaraba judicialmente la prodigalidad de una persona y el de reintegración de la capacidad que se preveía en el art. 761 LEC.

hecho[5]—, la dispensa del apoyo fuera de la jurisdicción contenciosa. Un expediente de jurisdicción voluntaria, el de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (art. 42 bis. a] y ss. LJV), es el cauce procedimental previsto para que —quienes estaban legitimados para promover el proceso de incapacitación derogado[6]— puedan ahora solicitar, en sede de jurisdicción voluntaria, la adopción de la medida concreta de apoyo en función de las necesidades de asistencia o representación[7].

El epicentro de la nueva regulación procesal, por lo tanto, no se encuentra en la modificación judicial de la capacidad de quien no se considera suficientemente capaz[8], sino en el apoyo específico que, para el ejercicio de su capacidad jurídica, se precisa y se adoptará en la resolución que ponga fin al expediente de jurisdicción voluntaria del art. 42 bis. a) LJV contemplándose el internamiento involuntario para supuestos psíquicos extremos[9]. Parece que, solo en el caso de que fuese pertinente el nombramiento de curador y de haberse constatado la oposición en el expediente de cualquiera de los interesados a esta concreta

---

5. En este sentido, como señala BANACLOCHE PALAO, en una integración con los preceptos del CC, debe concluirse que la actuación judicial será en todo caso subsidiaria (BANACLOCHE PALAO, J., «El nuevo expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad», *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 junio, al año de su entrada en vigor*, LLEDÓ YAGÜE. F., FERRER VANRELL, M.P., EGUSQUIZA BALMASEDA, M.Á., LÓPEZ SIMÓ, F., [Dirs.], Dykinson, Madrid, 2022, pág. 1489).

6. El propio discapacitado, el cónyuge no separado de hecho o legalmente de la persona con discapacidad o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes, hermanos o, en su caso, el Ministerio Fiscal.

7. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad…», cit., pág. 403. La regla general, de este modo, será el apoyo y no la representación, a diferencia de lo que se deducía de la anterior regulación, dulcificada, en cierta medida, por la interpretación judicial que de ella se hacía (QUESADA SÁNCHEZ, A.J., «¿Quo Vadis, Incapacitación? Reflexiones iniciales sobre cierto proyecto de Ley en los tiempos del coronavirus», Revista Jurídica del Notariado, Nº 112, enero-junio, 2021, pág. 481). Para BANACLOCHE PALAO este procedimiento debería normalmente finalizar con el nombramiento de un curador, aunque no hay que descartar que se formalice en algún caso una guarda de hecho ya existente dado que ambas constituyen las medidas de apoyo de carácter duradero que pueden acordarse judicialmente (BANACLOCHE PALAO, J., «El nuevo expediente…», cit., pág. 1489). Cfr. GARCIMARTÍN MONTERO, en el expediente de jurisdicción voluntaria y el proceso contencioso lo es solapara el nombramiento de curador salvo que el juez considere que es más adecuada la provisión de un defensor judicial (GARCIMARTÍN MONTERO, R., La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor [Navarra], 2021, págs. 72).

8. La pretensión ejercitada en el proceso de incapacitación extinto consistía precisamente en la declaración de incapaz del demandado con la consiguiente modificación del asiento del RC y la entrada en vigor de un conjunto de medidas que se articulaban sobre el eje de la representación del incapacitado. Una tercera persona sería nombrada tutor y sería el encargado, previo por nombramiento judicial, de suplir la falta de capacidad que, en la sentencia de incapacitación, en su caso, había constatado. En la misma sentencia de incapacitación se nombraba la persona o personas que debían de asistir o representar al incapaz y velar por él (art. 760.2 LEC derogado).

9. ARMENTA DEU, T., «Personas con discapacidad: especialidades en el proceso civil y penal», Revista General de Derecho Procesal, 62 (2024), pág. 3. En efecto, lo que en el expediente del art. 42 bis. LJV se ejerce es una acción constitutiva de naturaleza procesal por cuanto trata de crearse una nueva situación jurídica, aunque —a diferencia de lo que sucedía con la legislación anterior— ya no se produce modificación alguna en la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, que sigue manteniéndola íntegra, pero reforzada con el apoyo que le preste la medida asignada (BANACLOCHE PALAO, J., «El nuevo expediente…», cit., pág. 1490).

medida de apoyo[10] podrá promoverse el proceso judicial de provisión de medidas de apoyo a personas con discapacidad que ha venido a ocupar normativamente el lugar que tenía el extinto proceso de incapacitación (art. 756 y ss. LEC).

La reforma procesal, en definitiva, ha tratado de ir agarrada de la mano de la nueva legislación civil y de la nueva perspectiva de la discapacidad que la Ley 8/2021 ha anclado en el ordenamiento español a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, vigente desde hace ya casi veinte años. Me atrevería a afirmar que, dada la presunción legal de capacidad de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, la tutela judicial de las personas con discapacidad ha querido —deliberadamente— concebirse como algo excepcional.

La opción del legislador por acudir a la jurisdicción voluntaria, considerar al discapacitado como un interesado más[11] y relegar todo el despliegue de la contenciosa haciéndolo depender del fracaso de la primera ha sido una verdadera declaración de intenciones que se halla en clara consonancia con la nueva era de la discapacidad; en particular, de los derechos y del protagonismo en la sociedad de la persona con discapacidad. Otra cosa bien distinta es que se crea que el nuevo diseño procedimental vaya a casar mejor con las nuevas realidades que, al fin y al cabo, no dejan de ser las mismas que las anteriores a la entrada en vigor de la reforma. O, dicho de otro modo, sirva para atender más eficientemente a los problemas —de orden incluso vital— presentes en el día a día de las personas cuya discapacidad puede colocarles en una situación de grave vulnerabilidad.

3. En particular, sobre la prueba pericial: del abandono del modelo exclusivamente médico

La causa que impedía a una persona gobernarse por sí misma había de encontrarse en una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico. La falta de capacidad se presuponía por la existencia de una patología que inhabilitaba a la persona para la gestión, esencialmente, su patrimonio[12]. En efecto, las carencias asistenciales de la persona con discapacidad que se halla-

10. Art. 42 bis. b) 5 LJV en relación con el art. 765.1 LEC.

11. El afectado directamente por la medida es considerado a todos los efectos como un interesado más, sin que adquiera la condición de demandado como sucedía en el modelo anterior ni deba contestar a la solicitud (BANACLOCHE PALAO, J., «El nuevo expediente…», cit., pág. 1502).

12. De ahí que se haya considerado que el proceso de incapacitación ha estado influenciado por un marcado carácter patrimonialista (BUCHHALTER-MONTERO, B., «El rol de la discapacidad intelectual en la formación de la jurisdicción voluntaria española: del Derecho romano a las primeras normas tras la Constitución de 1978», GLOSSAE. European Journal of Legal History, 19 [2022], pág. 318).

ba en esa situación eran normalmente suplidas por la familia o los parientes más próximos, pero, para la actuación en el tráfico jurídico-económico, había que *matarlo civilmente*[13] dado que el grado de afección de la patología invadía sus facultades intelectivas hasta el punto de menguar la libre formación de la voluntad que otros, por no padecerla, se presumía intacta.

No resulta inasequible entender que la trascendencia de lo que se pretendía en el proceso de incapacitación, esto es, que otro viniese a *suplantar* a la persona con discapacidad para que pudiera realizar actos o negocios de distinta naturaleza con eficacia jurídica como si los hiciera él mismo. Por esta razón, el objeto del proceso era tan especial que exigía su integración en la tramitación procesal prevista en el Libro IV de nuestra LEC siéndole de aplicación, por consiguiente, las singularidades procedimentales previstas para tratar de conciliar la tutela judicial que se pedía con el interés de la persona a quien se demandaba para declararla incapaz.

El alcance de lo que podía declararse en este tipo de proceso de ser estimada la demanda conducía a una necesaria alteración de la dinámica probatoria en la que, además de lo previsto en el art. 752 LEC que se comprendía dentro del conjunto de disposiciones generales aplicables a los procesos especiales, se reforzaba con otras tres pruebas que, a tenor del art. 759 LEC, el órgano jurisdiccional había de acordar preceptivamente. Junto con la audiencia de los parientes más próximos y el examen del demandado debían acordarse dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda enfatizando el precepto en que nunca podría decidirse sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico.

La ciencia médica, por lo tanto, asumiría un rol principal y determinante en la identificación de la patología responsable de estar socavando la capacidad de la persona respecto de la que se prendía su declaración de incapacidad. Este modelo, sin embargo, ha sido superado por la Ley 8/2021 porque la decisión del juez sobre la elección del apoyo, tanto en el expediente como el proceso judicial, va a tener que estar basada necesariamente en una valoración integral de la situación de la persona con discapacidad que comprenda un conocimiento de su realidad desde distintos ángulos. El dictamen pericial va a tener que ser emitido por profesionales de los ámbitos social y sanitario, sin perjuicio de que pueda contarse con otros profesionales que aconsejen las medidas de apoyo idóneas en cada caso. Puede percibirse, además, de que el empleo de la

13. En este sentido, ARMENTA DEU apunta que la declaración de incapacidad había llegado a ser considerada como una *muerte civil* porque al discapacitado se le excluía por su incapacidad, su «no» capacidad con un claro sesgo negativo y fomentando la exclusión de su actividad en la sociedad y en el tráfico jurídico (ARMENTA DEU, T., «Personas con discapacidad…», *cit.*, págs. 2 y 4).

conjunción «y»[14] denota una voluntad legislativa explícita que indica adición, esto es, de que haya una pluralidad de pericias que calibren con mayor exactitud la realidad de la persona con discapacidad. De este modo, parece que podrá garantizarse el acierto judicial tanto en la determinación de la necesidad de apoyo como en el tipo de medida concreta y su alcance.

Así, el legislador se ha inclinado decididamente por considerar la pericia social como un pilar de la prueba a aportar en el expediente y a acordar en el proceso judicial de provisión de apoyos. Por otra parte, que el mandato normativo precise de un dictamen pericial enmarcado en el ámbito sanitario desenfoca la exigencia de que el dictamen pericial a aportar —o, en su caso, a acordar de oficio— sea médico. Ambas cuestiones, creo, responden coherentemente al hecho de que lo que ha sido tradicionalmente objeto de valoración pericial ha mutado. Ciertamente, el reconocimiento de que la persona con discapacidad tiene capacidad en igualdad de condiciones con los demás ha excluido forzosamente su valoración de la pericial para que lo que debe ser objeto de examen sea en qué medida el discapacitado necesita de un apoyo. Asimismo, el amplio abanico de causas que pueden dar lugar a una discapacidad dado el carácter omnicomprensivo de este término que reluce de la Convención de Nueva York[15] ha desplazado la medicina como la única ciencia capaz de diagnosticar el origen de la discapacidad que una persona puede padecer. Aportaciones procedentes de otras ciencias, tanto sociológicas, asistenciales, psicológicas como comunicacionales, pueden afinar, en conclusión, el origen de la discapacidad, pero, sobre todo, la valoración de las necesidades concretas de apoyo.

II. La exigencia de un dictamen pericial de «profesional especializado en el ámbito social y sanitario»

Es presumible que el grado de discapacidad que daba lugar a que, con carácter general, los familiares más próximos a la persona que lo padecía interpusieran

14. Art. 759.1 3º LEC y art. 42 bis. b) LJV.

15. Que parece haber evolucionado desde una perspectiva psicopatológica hacia un enfoque biopsicosocial centrado en entender el funcionamiento humano y la discapacidad desde la interacción de la persona con su entorno. La voluntad del sujeto en todas las decisiones que le afecten —dice SALES JIMÉNEZ— ha orientado hacia un sistema de protección más flexible y adaptado a las necesidades individuales de cada persona (SALES JIMÉNEZ, R., «El nuevo concepto de Discapacidad tras la Ley de Jurisdicción voluntaria 5/2015 y la Ley 8/2021 de 2 de junio de protección de las personas con discapacidad», Diario La Ley, Nº 10476, Tribuna, 2024, pág. 7). De este modo, puede concluirse que se prioriza una valoración exhaustiva centrada en la propia idiosincrasia de cada individuo con el fin de delimitar qué capacidades prevalecen y cuáles no, y en qué medida lo hacen. Así, podrá elegirse el sistema de apoyos más adecuado para la persona en cada caso concreto respetando su voluntad, deseos y preferencias, sin perjuicio de que excepcionalmente y con suficiente motivación quien presta apoyo o la autoridad judicial puedan apartarse ellas (VAQUER ALOY, A., «El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica», Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 junio, al año de su entrada en vigor, Dykinson, Madrid, 2022, pág. 513).

una demanda de incapacitación, sea el mismo que —ahora— determine la presentación de una solicitud para iniciar un el expediente del art. 42 bis. a) LJV o, subsidiariamente, una demanda para la provisión judicial de apoyos[16]. No obstante, haber reconocido la capacidad de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás ha excluido el carácter imperativo de su valoración judicial y ha transmutado el contenido de la tutela que el mismo discapacitado y demás legitimados podían pretender. En efecto, la nueva regulación gravita sobre el apoyo que puede necesitar un discapacitado mayor de edad o emancipado prescindiéndose de la valoración de su capacidad porque, desde 2021, es la misma que la de los demás. Ello supone un cambio de enfoque que permita atender, no tanto el origen patológico de la causa de la discapacidad, sino a las carencias que esta genera para poder suplirlas con el fin de que la persona con discapacidad pueda desenvolverse en su entorno jurídico y social en condiciones de igualdad.

Este cambio de paradigma que, al fin y al cabo, deja de enfatizar en la discapacidad como una causa de exclusión jurídica de quien la padece, ha cristalizado en la tramitación misma tanto del expediente como del proceso judicial de provisión de apoyos reluciendo una mayor interacción juez-discapacitado[17] y favoreciendo una valoración integral de su situación sin que tenga que ser examinado o explorado como si de una prueba se tratase, tal y como podía entreverse de la regulación procesal anterior. A esto último precisamente contribuye la exigencia de que, junto a la solicitud de inicio del expediente de provisión de apoyos, deba aportarse un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario (art. 42 bis. b] 1 LJV); y de que, dentro del conjunto de pruebas que el art. 759.1 LEC manda a acordar en el

16. Con carácter general, se trata de patologías que conducen a la persona a una influenciabilidad o vulnerabilidad; trastornos físicos o psíquicos cronificados que no puede descartar situaciones de descompensación o de brotes que deban ser atemperados y controlados con el fin de que provoquen en su salud y en su o patrimonio un grave daño. En definitiva, son situaciones que requieren de una previsión que no se basa en la mera sospecha o conjetura, sino en el curso normal de quien padece una patología crónica con escasa posibilidad de reversión.

17. Con el fin de que el mismo discapacitado pueda observar al fin de valorar las opciones y las medidas a adoptar que puedan resultar más convenientes y adecuadas para el caso concreto. Incluso en los supuestos en que la persona con discapacidad manifieste su oposición a una medida que se le proponga en el marco del expediente o, en su caso, en el proceso de provisión de apoyos previstos en la LEC, deberá ser valorada la coherencia de tal voluntad así como las circunstancias personales del sujeto que han dado lugar a esa oposición a la medida (PETIT SÁNCHEZ, M., «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 [octubre-diciembre, 2020], Ensayos, pág. 308). También que la persona con discapacidad pueda manifestarle su voluntad a través de la entrevista, aunque se requieran de los ajustes necesarios para que su participación en él se haga en condiciones de igualdad (art. 7 bis LJV). Esta entrevista podría asemejarse a la exploración o el examen que, en el proceso de incapacitación, se hacía del quien se le quería declarar incapacitado; no obstante, parece que, mientras que en el proceso de incapacitación a la persona con discapacidad se le venía a examinar como si de un objeto o una prueba se tratase, en el expediente de jurisdicción voluntaria parece que se le dignifica al ser entrevistado y, en consecuencia, asumiendo, en cierto modo, otra posición procesal fruto —seguro— de ese cambio en la concepción de la persona con discapacidad y de su *status jurídico* que la Convención ha supuesto.

proceso judicial de apoyos, se incluya ese mismo dictamen sin el cual —según el mismo precepto— no podrá decidirse sobre las medidas de apoyo.

Ha querido favorecerse, de este modo, el rol del especialista forense (y no solamente del médico) a los efectos de poder determinar cuáles son las habilidades funcionales de la persona con discapacidad cuyo apoyo se solicita y los hándicaps que tratarán de reforzarse con la medida judicial que, en su caso, se adopte. La especialización, en este sentido, es clave[18] para proporcionar una opinión fundada del perito que intervenga de modo que, por una parte, permita la valoración de la realidad y necesidades del discapacitado con independencia de la causa que origine la discapacidad[19]; y, por otra, sirva al órgano jurisdiccional para adquirir certeza sobre aquellas con el fin de acordar la medida de apoyo más adecuada al tiempo en la que se pide —o se revise—.

Con excepción de los supuestos de internamiento involuntario[20], se exige que la situación de la persona con discapacidad, cualesquiera que esta sea, se contemple desde otras perspectivas —más allá de la estrictamente médica— que deben estar presentes y ser tenidas en consideración en la toma de decisión del juez que —en el expediente o, en caso de no prosperar, en el proceso— provea el apoyo. La EM V de la Ley de 2021 incide en la necesidad de alejarse del esquema tradicional para pasar a orientarse hacia un sistema de

18. Y ya ha podido constatarse en los procesos civiles de provisión de apoyos dado que estos dictámenes son considerados para sustentar las resoluciones en el 93,1% de los casos (JURADO DEVESA, P., DUJO LÓPEZ. V, «Discapacidad intelectual y provisión de apoyos: repercusiones forenses tras la entrada en vigor de la ley 8/2021 de 2 de junio», Revista de Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol.22 [1], 2022, pág. 108).

19. Tanto el expediente como el proceso judicial de provisión de apoyos dan cabida a todas las realidades posibles como si fueran una sola. Esto, para LAFUENTE TORRALBA es en sí mismo un despropósito porque se uniformizan las situaciones de personas con una discapacidad motórica, visual o auditiva, pero en plena posesión de sus facultades intelectivas y volitivas con otras en las que tales facultades se hallan ausentes el resultado. Es, en definitiva, un caótico amasijo conceptual en una materia que exige, como ninguna otra, afinar escrupulosamente las herramientas de nuestro arsenal jurídico (LAFUENTE TORRALBA, A.J., «Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales», Los vulnerables ante el proceso civil, HERRERO PEREZAGUA, J.F. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., [Coords.], Atelier, 2022, págs. 57 y 58). En este sentido, PESQUEIRA ZAMORA considera que sería recomendable hacer al menos una distinción entre aquellos que padecen dificultades cognitivas, intelectuales y psicosociales en aras a establecer el apoyo particular (PESQUEIRA ZAMORA, M.J., «Aspectos procesales de la capacidad a partir de la nueva regulación», Revista General de Derecho Procesal, 57 [2022], pág. 21).Pero lo cierto es que este cauce procedimental ha sido confeccionado para servir a las distintas causas de discapacidad que puedan motivar —en algún momento— la solicitud de provisión judicial de apoyos. Sin embargo, el espectro de patologías o trastornos es tan rico y variado como complejo, por lo que, el acierto de la elección por el juez de la medida de apoyo, parece que no puede hacerse depender de un solo un criterio, como ha sido desde 1983 hasta la reforma por la Ley 8/2021, el criterio médico.

20. En los que solo debe atenderse al criterio de facultativo, tanto en el caso de que emita dictamen que deberá ser oído por el tribunal antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado como aquellos que atiendan a la persona internada que, en caso de no considerar necesario mantener el internamiento, podrán dar el alta al enfermo (art. 763.4b LEC). Según la cuarta acepción RAE para el término facultativo, estos se identifican con los médicos https://www.rae.es/diccionario-estudiante/facultativo

colaboración interprofesional o «de mesa redonda»[21], con profesionales especializados de los ámbitos social, sanitario y otros que puedan aconsejar las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso. Todos ellos, designados por el órgano jurisdiccional[22], podrán arrojar luz con el fin de retratar un enfoque integrador del funcionamiento humano compuesto por los tres componentes principales que, a su vez, se influyen recíprocamente, a saber: a) las denominadas cinco dimensiones que son el funcionamiento intelectual, la conducta adaptativa, la salud, la participación social y el contexto; b) los apoyos; y c) los resultados del propio funcionamiento individual. En el esquema que se ofrece a continuación de VERDUGO ALONSO y SCHALOCK[23] pueden contemplarse gráficamente esos componentes que, si bien se traen a colación para entender un tipo específico de discapacidad cual es la intelectual, lo cierto es que, por razón de su funcionalidad, el carácter descriptivo general del funcionamiento del individuo y, en particular, la diversidad de dimensiones conectadas con múltiples posibles causas originarias de una discapacidad, podrían ser extrapolables para cualquier otro tipo de que adoleciera una persona respecto de la cual se pide adoptar judicialmente un apoyo[24].

---

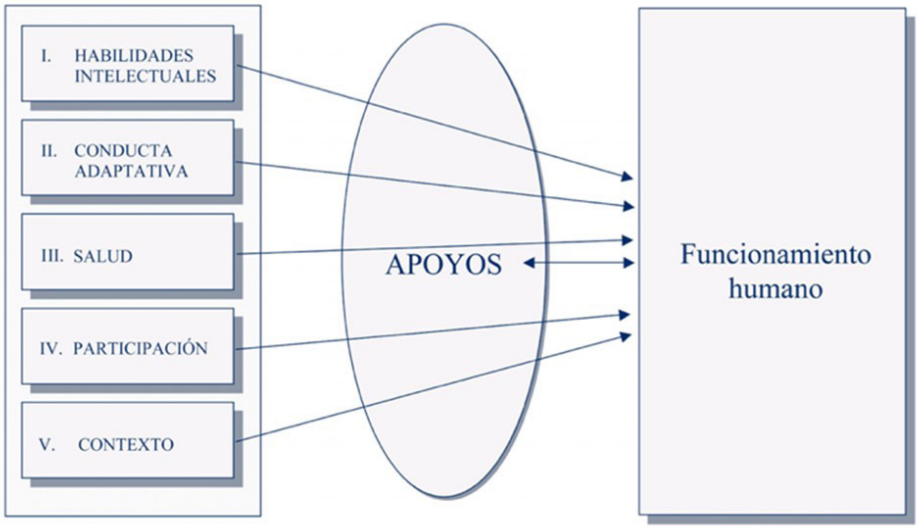
21. En la que el juez, para GÓMEZ MARTÍNEZ, actúa como operador interprofesional dado que para tomar su decisión deberá trabajar junto con otros profesionales que van a traer al proceso visiones distintas de una misma realidad necesarias para la correcta fundamentación de la decisión judicial (GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «El papel activo del juez en la aplicación de la Ley 8/2021», Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 junio, al año de su entrada en vigor, Dykinson, Madrid, 2022, pág. 13).

22. Sin perjuicio de que pueda admitir, como sucedía en el proceso de incapacitación, otro tipo de dictámenes periciales de especialistas distintos con la finalidad de probar las pretensiones contenidas en la demanda (SALAZAR VARELLA, C.E., El proceso de incapacitación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 207).

23. VERDUGO ALONSO, M.Á., SCHALOCK. R.L., «Últimos avances en el enfoque y concepción de las personas con discapacidad intelectual», *Revista Española sobre Discapacidad intelectual*, Vol. 41 (4), Nº 236, 2010, pág. 17. Ciertamente, este planteamiento ya puede encontrarse en la propuesta conceptual que en 2002 hizo la AAMR aunque el primer planteamiento multidimensional se remonta al año 1992 con la intención de eliminar el reduccionismo y el uso excesivo de test dirigidos solamente a diagnosticar el CI. Ello dio lugar a que se plantease un giro determinante en el proceso de evaluación buscando información sobre las necesidades individuales en diferentes dimensiones que luego debían relacionarse con los niveles de apoyo apropiados. En definitiva, se plantó unir estrechamente la evaluación con la intervención o apoyo a la persona y hacerlo teniendo en cuenta aspectos personales y ambientales que pudiesen variar en el tiempo (VERDUGO ALONSO, M.Á., «Aportaciones de la definición de retraso mental [AAMR, 2002] a la corriente inclusiva de las personas con discapacidad», *Servicio de información sobre la Discapacidad*, 2003, págs. 5 y 6).

24. En este sentido, CUADRADO SALINAS entiende que el riesgo de que una determinada situación puede infringir a la persona con discapacidad puede revestir de un potencial daño susceptible de participar de una naturaleza multidireccional al poder afectar a varios ámbitos de la capacidad del sujeto (CUADRADO SALINAS, C., «Personas vulnerables y ajustes del procedimiento. Luces y sombras de su regulación actual», *Revista General de Derecho Procesal*, 62 [2024], pág. 3).

Figura 1. Esquema conceptual del funcionamiento humano



Esta gráfica presenta el marco de referencia conceptual del funcionamiento humano en el que las cinco dimensiones se conjugan con el rol de los apoyos de modo que ambos contribuyen al desenvolvimiento humano. En particular, tratan de promover el desarrollo, la educación, los intereses el bienestar personal del individuo. Por consiguiente, puede entenderse que el sistema de apoyos que judicialmente podría adoptarse consiste en que, a través de la concreta medida de apoyo adoptada, entre en vigor el uso planificado e integrado de las estrategias de apoyo individualizadas y de los recursos que acompañan los múltiples aspectos del funcionamiento humano en los múltiples contextos como son —por ejemplo— los sistemas organizativos, los apoyos cognitivos, instrumentos, ambiente físico, conocimientos o habilidad inherente[25].

Lo que el legislador ha pretendido es que, en sede judicial, se constate en el marco de la actividad probatoria —y, en particular, desde la prueba pericial—, no tanto que existen limitaciones en algunas de las dimensiones del funcionamiento humano individual, sino —más bien y desde una perspectiva inclusiva— si esas limitaciones son determinantes de una necesidad de apoyo y, en este caso, si este puede influir positivamente en el funcionamiento individual de la persona con discapacidad para que se adapte a las demandas de su entorno. La decisión sobre el tipo de apoyo a proveer, su carácter asistencial

25. VERDUGO ALONSO, M.Á., SCHALOCK. R.L., «Últimos avances…», *cit*., pág. 17.

o representativo y su alcance, parece —a tenor de lo previsto en la nueva regulación procesal— que no podrá obtenerse solamente a partir de elementos puramente jurídicos ni médicos, sino de otros pertenecientes a otros ámbitos dentro del sanitario, de la psicología, o de la asistencia social que permitan determinar la idoneidad de las medidas de apoyo a adoptar. Como se ha dicho, en estos casos, la aportación de conocimientos no jurídicos no tiene por objeto, como en la generalidad de procesos, la conformación de la premisa fáctica sino directamente contribuir a la determinación de la consecuencia jurídica que contribuyen a configurar las ciencias médicas, psicológicas o sociales[26].

II. TIPOLOGÍA

1. «Dictamen pericial sanitario»

La sustitución del término «médico» por el de «sanitario» en relación con el dictamen pericial que antes debía acordarse en el proceso de incapacitación y que —en la actualidad— debe acordarse en el proceso judicial de provisión de apoyos, amplifica los sujetos facultados para emitirlo. La filosofía inclusiva en lo referente a la diversidad de discapacidades y, por ende, a las posibles causas susceptibles de originarla invita a que ya no sea solo el médico quien pueda emitir dictamen pericial en este tipo de procesos. Tampoco para el caso del expediente de jurisdicción voluntaria de medidas judiciales de apoyo. En efecto, según la dicción literal tanto del art. 42 bis. b) LJV como del art. 759.1 3ª LEC, el dictamen pericial sanitario ampara la posibilidad de que el juicio clínico de otros profesionales sanitarios influya y sirva para la adopción del apoyo judicialmente solicitado.

Se trataría, en definitiva, de otras profesiones sanitarias tituladas y debidamente reguladas tanto de nivel diplomado como —por ejemplo— enfermeros, a quienes les corresponde la evaluación y, en su caso, la prestación de los cuidados de enfermería orientados a la promoción, mantenimiento y recuperación de la salud así como a la prevención de enfermedades y discapacidades; fisioterapeutas, a quienes corresponde la prestación de los cuidados propios de su disciplina a través de tratamientos con medios y agentes físicos dirigidos a la recuperación y rehabilitación de personas con disfunciones o discapacidades somáticas así como la prevención de las mismas; terapeutas ocupacionales, para la aplicación de técnicas y la realización de actividades de carácter ocupacional que tiendan a potenciar o suplir funciones físicas o psíquicas disminui-

26. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «El papel activo del juez…», *cit.*, pág. 13.

das o perdidas y a orientar y estimular el desarrollo de tales funciones; y logopedas, quienes desarrollan actividades de prevención, evaluación y recuperación de los trastornos de la audición, la fonación y del lenguaje mediante técnicas terapéuticas propias de su disciplina[27]. Abordaremos a continuación dos de estas profesiones sanitarias por su especial interés en la determinación de posibles apoyos de carácter asistencial junto con el dictamen pericial de sanitario de nivel licenciado, esto es, el dictamen pericial médico.

A) Dictamen pericial médico vs. Informe clínico

Podía sospecharse que la mayor parte de los dictámenes que se acuerdan en este tipo de procesos siguen siendo emitidos por médicos y, en particular, por médicos forenses[28]. Durante décadas, el órgano jurisdiccional se ha servido de ellos para responder a las pretensiones relativas a la capacidad de las personas que se les planteaban[29] y, ciertamente, nada hacía presagiar que la tendencia no fuese a ser exactamente cuando, además, la misma DA II Ley 8/2021 trata de asegurar la formación general y específica en medidas de apoyo de los médicos forenses. Si bien la equidad en la valoración pericial querida por la Ley 8/2021 no se está dando cuatro años después de su entrada en vigor al seguir primando la valoración del médico, la literatura científica demuestra, por el contrario, que la labor de otros profesionales es cada vez más frecuentemente solicitada[30].

---

27. Art. 2.2 en relación con el art. 7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

28. Véase SAP MU 3219/2023, de 11 de diciembre de 2023; SAP M 12312/2024, de 26 de julio de 2024; SAP CA 415/2024, de 8 de febrero de 2024; SAP SE 202/2024, de 17 de enero de 2024; SAP GR 1746/2023, DE 24 de noviembre de 2023; SAP B 15195/2024, DE 18 de diciembre de 2024, SAP LU 874/2024, de 4 de diciembre de 2024, SAP B 15910/2024, de 25 de noviembre de 2024. Asimismo, ha podido concluirse, tras un reciente estudio que toma como muestra un total de veintinueve resoluciones judiciales procedentes de AP adoptadas en procesos de provisión de apoyos para personas con discapacidad intelectual, que en un 72,9% se fija el porcentaje de intervención médico forense en este tipo de procesos (JURADO DEVESA, P., DUJO LÓPEZ. V, «Discapacidad intelectual y provisión de apoyos…», cit. pág. 108). Y es que existen concretas enfermedades o deficiencias causantes de una discapacidad que requieren ineluctablemente de una prueba pericial de carácter médico (GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas, Colex, Madrid, 1999, pág. 153).

29. Al no especificarse por LEC la especialidad o cualificación que debía tener el facultativo —o sea, si bastaba con la condición genérica de médico o debía, por el contrario, tratarse de un especialista en la enfermedad o deficiencia en que esté incursa la persona con discapacidad—, esto hacía posible que el juez estimase suficiente pedir la emisión de estos dictámenes a los médicos forenses que son los que en la mayoría de casos son los que los hacen (SALAZAR VARELLA, C.E., *El proceso de incapacitación*, *op. cit.*, pág. 208). En efecto, en la práctica forense, tales dictámenes periciales son emitidos por los médicos forenses adscritos a los juzgados, aunque en la mayoría de los casos carecen de una especialización en psiquiatría. Ello no quiere decir —según el TS en su sentencia de 14 de mayo de 2003—que el médico forense no posea los conocimientos necesarios para detectar cualquier anomalía psíquica y aconsejar, en tal caso, que fuese reconocida por un especialista. Asimismo, son razones prácticas las que han conducido a la práctica de esta prueba por los médicos forenses como, por ejemplo, la conveniencia de que el examen personas por el juez del enfermo se realice bajo el asesoramiento simultáneo del perito, la gratuidad de la intervención, las garantías de imparcialidad que ofrece su cualidad de funcionario o la escasa disponibilidad que suelen tener los médicos que trabajan en la sanidad pública (SALAZAR VARELLA, C.E., *El proceso de incapacitación*, *op. cit.*, pág. 209).

30. JURADO DEVESA, P., DUJO LÓPEZ. V, «Discapacidad intelectual y provisión de apoyos…», *cit.*, pág. 108.

Por otra parte, la exigencia de dictamen pericial médico en el proceso de provisión de apoyos no puede entenderse satisfecha con la aportación de un informe clínico. En este sentido, la finalidad preferentemente asistencial del informe clínico parece ser la causa determinante en su consideración procesal. En efecto, el informe clínico es elaborado en un contexto sanitario y con una finalidad primordialmente asistencial, por lo que su trascendencia externa parece solo estar contemplada por razón del derecho de información del paciente, lo que autoriza la expedición y elaboración de informes clínicos que permitan al paciente conocer su estado de salud y los resultados de las actuaciones y tratamientos médicos aplicados. Al margen de esa vertiente externa, la utilidad del informe médico se reduce al acceso a la historia clínica y no a la expedición de informes a requerimiento judicial en el marco de un proceso judicial[31].

El informe médico puede resultar útil al proceso en determinadas circunstancias como reflejo de actuaciones clínico-asistenciales para demostrar hechos controvertidos relacionado directa o indirectamente con la salud física o psíquica de la persona y que, por lo tanto, a nuestro entender pueden ser útiles a los efectos de poder valorar judicialmente los apoyos que aquella necesita[32]. Sin embargo, el informe clínico no es un documento dirigido al juez ni está destinado a aportar información al proceso[33]. Por el contrario, el informe pericial contiene máximas de experiencia, abstractas o aplicadas, que tratan de relacionar el estado de salud del sujeto con determinados hechos o circunstancias, que generalmente tienen la consideración de efectos de la salud del sujeto sobre ciertos aspectos de la realidad con trascendencia jurídica. Tomando en consideración su finalidad, mientras que el informe clínico contribuye al tratamiento y curación del sujeto, el informe pericial cumple una función analítica e informativa externa de la salud del sujeto en conexión con determinadas parcelas de su conducta[34].

Todo dictamen pericial médico, en particular, deberá contener una anamnesis, referenciar el estado actual en que se encuentra la persona, el resultado de las pruebas efectuadas y, especialmente, un juicio clínico[35] en el que se determine

---

31. FLORES PRADA, I., «Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-procesal de los informes clínicos», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 15, 2013, 17:8.

32. El contenido del informe comprende datos, diagnósticos clínicos, pronósticos y resultados relacionados con la salud del paciente.

33. FLORES PRADA, I., «Algunas consideraciones…», *cit. supra*, pág. 17:12.

34. *Cit.supra*, pág. 17:13.

35. El médico que actúa como perito explica una serie de hechos, circunstancias por lo cual está informando al órgano jurisdiccional. Y al mismo tiempo, emite una opinión. Por tanto, al realizar una actividad pericial está realizando una acción de informar y dictaminar, por lo que todo informe médico en el cual se exponga un juicio u opinión es un dictamen (previa exploración y valoración médica) y su valor pericial vendrá dado por el hecho de que quien lo emite, el médico, es un experto en la materia (SANROQUE SAIXO, D., «El informe médico pericial: forma y contenido», Diario

la posible afectación de la voluntad y de los actos para los que la persona requiera de apoyos, así como una proposición concreta de medidas de apoyo idóneas en cada caso. La misión del informe parcial médico será, de este modo, valorar si la voluntad está patológicamente alterada y, en ese caso, si las decisiones pueden considerarse como una elección libre por parte de la persona. Es frecuente que se realice, además de un estudio físico de la persona, otro psíquico para valorar tanto la posible existencia de una enfermedad de orden psíquico que esté afectando a la voluntad de la persona como el modo en que las posibles limitaciones físicas que padece puedan estar incidiendo en la misma[36].

B) Informe pericial de terapeuta ocupacional

La inclusión del legislador de otros profesionales del ámbito sanitario para que puedan intervenir y emitir un dictamen pericial en el curso de un proceso judicial de provisión de apoyos indica que no siempre tiene por qué hacerse precisa una valoración médica de la patología que pueda estar afectando a una persona. No se pone en duda que la pericial médica es y vaya a ser necesaria en muchos de los casos en los que se requiere de la adopción judicial de un apoyo. De hecho, al pretender esa tutela lo que se está evidenciando es que el apoyo que se está dando —o ha de darse— no es suficiente, lo que implícita-

---

La Ley, Nº 7711, 2011, pág. 2). Asimismo, cuando actúa como médico perito le será aplicable la responsabilidad deontológica específica del art. 76 del Código de Deontología Médica sobre Médico peritos y testigos, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda producirse por la realización de un informe pericial deficiente, la omisión o la entrega fuerza de plazo del dictamen siempre que hubiese causado un daño al solicitante.

36. GARCÍA GARCÍA, C.A., GUIJA VILLA, J., GARCÍA GALLARDO, P.A., «Implicaciones médico forenses del desarrollo de 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», Cuadernos de medicina forense, Vol. 25, Nº1, 2022, pág. 82. He aquí la importancia del peritaje psiquiátrico concebido para valorar la existencia de las facultades cognitivas como base de una conducta de autogobierno patente. No es desdeñable, en este caso, la importancia de trastornos del ánimo como la depresión, la manía, evitación o dependencia; el estrés postraumático; dentro del espectro psicótico, la psicosis, esquizofrenia o trastornos delirantes; o trastorno de la personalidad (paranoide, esquizoide esquizotípico; antisocial, límite, histriónico, narcisista, obsesivo-compulsivo, de acumulación) (FUERTES ROCAÑÍN, J.C, CABRERA FORNEIRO, J., FUERTES IGLESIAS, C., Manual de Ciencias Forenses, Aran, Madrid, 2012, pág. 177 y ss.). Tampoco de los trastornos intelectuales del desarrollo en los que la discapacidad intelectual más leve —paradójicamente— más demandada de apoyos y respondida judicialmente con un predominio de la curatela representativa. Se observado de un total de veintinueve resoluciones judiciales de las AP dictadas en procesos de provisión de apoyos que predomina el tipo leve o ligero con un 41,2% (N=12), seguido del tipo moderado con un 27,5% (N=8). Nos encontramos con un 17,1% (N=5) de casos donde no consta la severidad, mientras que el tipo grave y severo o profundo suponen, en ambos casos, un 6,9% (N=2) de la muestra total. (JURADO DEVESA, P., DUJO LÓPEZ. V, «Discapacidad intelectual y provisión de apoyos…», cit., págs. 105). Por otra parte, es relevante el abuso de sustancias tóxicas que puede complicarse con otro tipo de alteraciones como psicosis, delirium, demencias. En efecto, el uso reiterado de la sustancia —lo que se conoce como el consumo perjudicial— va generando una desestructuración bio-psicosocial en el sujeto que insta a sus familiares a pedir una medida de apoyo de carácter representativo. Y es que el consumo de sustancias en casos muy evolucionados se ha descrito en la literatura científica como una causa que puede impedir a la persona gobernarse a sí misma afectando al manejo de bienes. En estos casos, el adicto, con el fin de satisfacer su necesidad, desvía todos sus recursos a ese fon poniendo en peligro el sustento familiar y generando un gravamen insoportable para los recursos de la familia (SERRAT, D., «Problemas médico-legales del consumo de drogas», Adicciones: Revista de socidrogalcohol, Vol. 15, Nº1, 2003, pág. 83)

mente supone que la patología sufrida probablemente sea digna de ser valorada desde la ciencia médica[37].

No obstante, si la valoración médica, a la vista de las circunstancias concretas del caso, parece no ser del todo útil al existir —por ejemplo— informes médicos previos que atestigüen un diagnóstico cierto y constante en el tiempo, la valoración pericial de otros sanitarios podría ser incluso más reveladora, como la del terapeuta ocupacional. Cuando resulte evidente que las alteraciones que sufra la persona con discapacidad originadas por una patología constatada que incidan —por su naturaleza— en la formación de su voluntad, las estrategias sugeridas por este profesional podrían ser más valiosas los efectos de ilustrar al órgano jurisdiccional la elección del apoyo más conciliador con la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad.

Al fin y al cabo, el terapeuta ocupacional puede tener, en algunos casos, un conocimiento más especializado de la forma en que la patología influye en la vida diaria de la persona y, en definitiva, de cómo la discapacidad de desata en la interacción del discapacitado con su entorno. Asimismo, su formación le habilita para evaluar en qué medida aquella afecta a la capacidad de la persona para tomar decisiones y expresar su voluntad en el ámbito personal, sanitario, económico y jurídico. En concreto, puede precisar la autonomía de la persona con discapacidad en el autocuidado, incluyendo las necesidades de apoyo en actividades diarias como el aseo, el vestido, la alimentación o la movilidad.

También identifica y reconoce las habilidades relacionadas con actividades instrumentales como comprar, preparar la comida, utilizar el teléfono, limpiar y el cuidado de la casa o solicitar ayuda relacionada con la salud, como solicitar citas médicas, seguir tratamientos médicos o consentir procedimientos médicos. En el ámbito económico evalúa el conocimiento y el manejo del dinero, la comprensión de la situación económica y la capacidad para tomar decisiones financieras[38].

La denominada ciencia ocupacional, en términos conclusivos, evalúa el desempeño de la persona dentro del entorno y sus capacidades para su desarrollo en contextos en los que frecuentemente se desenvuelve. Puede servir, por consiguiente, para proponer con acierto medidas de carácter asistencial y organizativo que permita a la persona con discapacidad adaptarse a todos los ámbitos

---

37. El hecho de que se haya prescindido del modelo médico no implica la necesidad de apoyos deje de ser una realidad objetiva desde un punto de vista científico, no estrictamente médico, pero sí científico (DE SALAS MURILLO, S. en GARCIMARTÍN MONTERO La persona con discapacidad como protagonista del apoyo», Los vulnerables ante el proceso civil», HERRERO PEREZAGUA, J.F. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. [Dirs.], Atelier, Barcelona, 2022, pág. 295).

38. RODRÍGUEZ RUIZ, E., SERRANO REINA, E., «Dictamen pericial y terapia ocupacional. Ámbitos de actuación», *Revista electrónica de terapia ocupacional Galicia*, Nº 21, 2, 2024, pág. 199.

de la vida. Desde esta perspectiva, el informe pericial médico puede revelarse insuficiente porque, al limitarse a diagnosticar la patología y sus afecciones, no prever —quizá con la precisión deseable para los casos en los que se está precisando de un apoyo adoptado judicialmente— las implicaciones funcionales que la enfermedad tiene sobre la persona y, en particular, en el contexto del desarrollo de su vida cotidiana[39].

C) Informe pericial logopédico

Se ha venido considerando potencialmente vulnerables las personas —dependientes o no dependientes— con trastornos del lenguaje, sordera, deprivación sociocultural o migrantes con problemas idiomáticos y de inclusión social[40]. También deben incluirse aquellas que padecen trastornos fonológicos graves u otras dificultades secundarias del lenguaje por razón de trastornos en el neurodesarrollo como el trastorno del espectro autista[41]; o de índole neurodegenerativa como la demencia frontotemporal (afasia progresiva logopénica)[42].

Todos ellos pueden presentar dificultades en la adquisición, comprensión, uso o en la expresión del lenguaje, pero la discapacidad se halla —precisamente— en el carácter persistente de esa limitación para el discurso y comunicarse[43]. Esta discapacidad parece circunscribirse, según los casos, entre la primera y la tercera dimensión con un impacto evidente en las demás, como en la participación, esto es, cuando interactúan en las actividades de la vida o en el contexto.

En relación con este último —y en particular— el contexto que conforma el entorno puede no llegar a comprenderse oraciones compuestas subordinadas, conceptos abstractos de vocabulario poco usual, el sentido figurado, la doble intención, responder inmediatamente a una pregunta, que su habla sea suficientemente inteligible o con los términos adecuados. En resumidas cuentas, pueden presentar dificultades para adaptarse a ese contexto social[44] y, por

---

39. La STS 1291/2023, de 23 de enero critica, (ECLI:ES:TS:2023:1291) precisamente, que el juez solo tome en consideración el diagnóstico de la enfermedad de la persona con discapacidad sin prestar atención a como aquella afecta a su funcionalidad en su vida diaria, su autonomía para los actos cotidianos que realiza ella sola o al entorno familiar. Si bien se admite que el juez otorgue especial valor a los informes médico que tienen en cuanta los antecedentes clínicos y dan gran importancia al control de la medicación, no puede prescindirse de los datos de su vida cotidiana, de la naturaleza y entidad de los actos que en atención a su patrimonio (FD 2º).

40. BUJOSA VADELL, LL. M. y SASTRE VIDAL, M., «Trastornos del lenguaje y acceso a la justicia», *Revista General de Derecho Procesal*, 60 [2023], págs., 12 y 13. Véase, a efectos ilustrativos, la clasificación del CIE-11 en relación con el trastorno del desarrollo con deficiencia del lenguaje receptivo y expreso (6ª01.20)

41. 299.00 (F84.0) DSM V.

42. 6D83 del CIE-11 de la OMS; disponible en https://icd.who.int/browse/2025-01/mms/es#831337417.

43. 6ª01.20 CIE-11 y 315.32 (F80.2) DSM-V.

44. BUJOSA VADELL, LL. M. y SASTRE VIDAL, M., «Trastornos del lenguaje…», *cit.*, págs., 12 y 13.

consiguiente, la intervención del logopeda puede ser esencial en la determinación del apoyo para estos casos que, por tener la consideración de profesional sanitario, está legalmente facultado para poder emitir un dictamen pericial en este tipo de procesos.

2. «Dictamen pericial de profesional especializado en el ámbito social»

A) Informe pericial social

La significación de la pericial social en el nuevo escenario normativo-procesal deja entreverse en la misma letra de ley. En la exigencia de dictamen pericial en el proceso judicial de provisión de apoyos, el social se antepone —en un contexto de querida coexistencia de ambos— al del médico. También al de otros profesionales especializados que, en su caso, pudieran aconsejar medidas de apoyo en el caso concreto.

La intención, a mi parecer, es que la pericial sanitaria —sea o no médica— debe complementarse —por lo menos— con otra emitida por los profesionales del trabajo social[45]. Su carácter interdisciplinar y transdisciplinar *capaz de promover el desarrollo y cohesión social, así como los principios de la justicia social, los derechos humanos, la responsabilidad colectiva y, en especial, el respeto a la diversidad*[46] vienen a justificar la participación en calidad de perito de estos profesionales para determinación de los apoyos más adecuados de las personas con discapacidad.

El trabajo social asume en materia de provisión de apoyos, de este modo, una notable influencia que trata de reforzarse con la creación de protocolos de trabajo a los efectos de evaluar, informar e intervenir en procesos de provisión de apoyos para personas con discapacidad[47]. Con ellos, se pretende favorecer

---

45. Solo ellos están facultados para emitir estos dictámenes periciales que no pueden suplirse con la emisión de un informe social por parte de servicios sociales. Ni este cumple la misma función, ni suele estar realizado por el mismo tipo de profesionales (salvo el emitido por trabajador social perteneciente al Instituto de Medicina Legal que se determine para garantizar una asistencia y valoración especializada). La voluntad del legislador parece prescindir de un informe social que se limite a valorar el entorno de la persona con el fin de garantizar sus derechos y libertades, sino que, lo que busca, es que se acredite la necesidad de adoptar medidas judiciales de apoyo y, en su caso, cuáles serían a los efectos de que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.

46. Definición Global del Trabajo Social aprobada en la Asamblea General de la FITS (Federación Internacional de Trabajo Social) el 06 de Julio de 2014 en Melbourne, Australia (disponible en https://www.cgtrabajosocial.es/cordoba/El_trabajo_social).

47. ALCÁZAR RUIZ, R., SOLO ESTEBAN, R. y VILLEGAS CASTRILLO, E., «El trabajo social y sus intervenciones de apoyo a la capacidad jurídica de las personas, tras la Ley 8/2021», Siglo Cero, Vol. 55 (1), 2024, enero-marzo, págs. 44. En este sentido, puede tomarse como ejemplo el Informe social de Valoración de apoyos del Colegio oficial de trabajo social de Madrid de octubre de 2021 de CUBERO GARCÍA, M y NOVILLO GARCÍA, B. que sirve de modelo a los efec-

la valoración de la realidad del discapacitado utilizando la herramienta de «diagnóstico social» que permite explorar tanto la situación relacional de la persona que solicita o respecto de la que se solicitan apoyos con el medio entorno más próximo (familia, trabajo, escuela, amistades, grupo de convivencia, comunidad…), como con el contexto social más amplio. En particular, podrán considerarse los recursos y capacidades de la persona en sus interacciones con el medio entorno (recursos relacionales, cognitivos, emocionales, competenciales), pero también los vinculados a los dinamismos vitales, físico-biológico-orgánicos-funcionales y los materiales. Lo que se pretende, en definitiva, es entender el estado de satisfacción de las necesidades sociales de la persona[48].

Una vez identificada a la persona objeto del informe, su unidad de convivencia y otras personas de apoyo, de haberlas, se podrán estudiar las competencias de la persona, tanto las personales como las sociales. Las competencias personales describen cómo la persona se desenvuelve consigo misma en el manejo de su vida diaria. En particular, refiere comportamientos, hábitos y costumbres en relación con el desempeño de las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria en relación con uno mismo. Las competencias sociales relatan, en cambio, cómo la persona se desenvuelve en sus relaciones interpersonales con los demás[49]. Por otro lado, tratarán de recogerse las competencias educativas, ocupacionales y laborales que comprenden los conocimientos, habilidades y actitudes necesarias para que la persona logre su desarrollo personal, ejerza debidamente su ciudadanía y se pueda incorporar plenamente a la comunidad.

---

tos de facilitar la valoración del tipo de apoyos o asistencia que cualquier persona y su familia puedan precisar en un momento determinado de su vida. Se trata de hacer una especie de diagnóstico social que implica, por una parte, un estudio, recopilación de información, investigación y exploración social y, por otra parte, una interacción relacional con la persona y sus redes a través de entrevistas con estilo de conversación estructurada, con énfasis en lo relacional, visitas domiciliarias y otras acciones como contrastes con otros servicios públicos, agentes sociales o comunitarios (disponible en https://historico.comtrabajosocial.com/documentos.asp?id=3450); también otros como la Guía de la Diputación Foral de Bizcaya sobre la provisión de apoyos a las personas con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica (https://www.tutoretza.bizkaia.eus/pdf/Guia_Cas.pdf?hash=eaa26f93a445f176b9c8c7e9c5f69287) o los que se aluden en cursos sobre el informe social en los procedimientos judiciales sobre provisión de apoyo a personas con discapacidad como el que ofrece el Colegio Oficial Trabajo Social Granada (disponible en https://www.cgtrabajosocial.es/app/webroot/files/granada/files/PROGRAMA%20Curso%20EL%20INFORME%20SOCIAL%20EN%20LOS%20PROCEDIMIENTOS%20JUDICIALES%20SOBRE%20PROVISIÓN%20DE%20APOYO%20A%20PERSONAS%20CON%20DISCAPACIDAD.pdf). Es indicativo, además, el incremento en la oferta académica de estudios de posgrado sobre especialización en la materia para complementar la formación de los profesionales del trabajo social que quieren dedicarse a la pericia social para el desempeño de sus funciones propias en el ámbito de la Administración de Justicia. Asimismo, se ofrecen cursos para la formación en Peritaje Social en los Colegios Oficiales de Trabajo Social (https://www.cgtrabajosocial.es/jaen/formacionenperitajesocial;https://escolapostgrau.uvic.cat/es/postgrau/peritaje-social) y se está abriendo paso la creación de gabinetes privados para la práctica forense privada de peritaje social cuya misión principal es la elaboración de informes periciales en los que valoran la condición individual, familiar, económica y sociocultural de una persona en procesos judiciales civiles de diversa índole, como el de la provisión judicial de apoyos.

48. CUBERO GARCÍA, M., NOVILLO GARCÍA, B., «Informe Social de Coloración de apoyos», *Colegio oficial de Trabajo Social de Madrid*, octubre, 2021, pág. 5.

49. *Cit. supra*, pág. 5

Y, por último, también se harán mención a las competencias para la salud referidas a las habilidades y actitudes que permiten a la persona cuidarse a sí misma, detectar sus propias necesidades, evitar riesgos para la salud, prevenir enfermedades y solicitar asistencia médica[50].

Asimismo, se incluirán otros apartados como son los relativos a las medidas legales de apoyo con las que cuenta la persona y la valoración diagnóstica fundamental para poder hacer la propuesta final de las medidas necesarias para la asistencia de la persona. En este caso, habrá que atenderse al cada caso concreto diferenciando el apoyo que, por ejemplo, pueda precisar una persona mayor, residenciada y atendida al que pueda precisar esa misma persona en un ambiente hostil sin ningún tipo de apoyo informal e incluso en situación de riesgo para su salud o su patrimonio; de la misma forma que no precisan los mismos apoyos las personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental, lo cual dependerá, en definitiva, de su situación diagnóstica y de su entorno[51].

B) Informe pericial socio-educativo

Desde la perspectiva de que el análisis del contexto social es una vertiente del conocimiento de la disciplina de la educación social y de que sus objetivos —desde una concepción antológica de la convivencia[52]— podrían definirse como el fomento de la inclusión social, la promoción del bienestar y el favorecimiento de la participación de la persona en su comunidad, el peritaje socioeducativo podría contribuir a una identificación más precisa de las necesidades (ya sean normativas, experimentadas, expresadas o comparativas[53]) de la persona con discapacidad a los efectos de determinar un apoyo que se concite con sus deseos, voluntad y preferencias. Los colegios profesionales, de hecho, están ofertando —cada vez más— cursos dirigidos a la especialización del educador social como experto en peritaje judicial[54] así como formación académica[55] con

---

50. *Cit, supra*, pág. 4.

51. Cit, supra, pág. 4.

52. PLANELLA, J., «Educación social, acompañamiento y vulnerabilidad: hacia una antropología de la convivencia», *Revista Iberoamericana de Educación*, Vol. 46, Nº 5, 2008, pág. 12.

53. *Op. cit, supra*, pág. 10.

54. Por ejemplo, desde el Colegio Oficial de la Educación Social de Castilla-La Mancha con el curso *El proceso y el Informe Pericial*. http://cesclm.es/pdf/2025-Guia-Experto-en-Peritaje-Judicial-9a-edicion-CESCLM.pdf; o desde el Colegio Profesional de Educadoras y Educadores Sociales de la Comunidad de Madrid con el *Curso de especialización en epritaje judicial desde la Educación Social* https://www.cpeesm.org/curso-de-especializacion-en-peritaje-judicial-desde-la-educacion-social-2024-2025/

55. El Perito Judicial: Social, Educativo y Psicológico de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, https://www.upo.es/formacionpermanente/diploma-experto/el-perito-judicial-social-educativo-y-psicologico/; o en la UNED, Peritaje judicial en Educación Social, Psicología y otros ámbitos sociales, https://extension.uned.es/actividad/idactividad/20253

la finalidad de promocionar y consolidar la presencia de la figura profesional del educador social en el ámbito procesal.

C) Otros: el informe pericial psicológico

La evaluación de una posible discapacidad intelectual[56] o de la conducta autodeterminada; la evaluación dimensional de la personalidad, del estado psicológico, de la neuro-cognición y cognición social o de la conducta adaptativa; así como un perfil individualizado de apoyos, pueden ser objeto de una pericial psicológica[57]. El hecho de que la ley no excluya la pericial de otros profesionales especializados (distintos al sanitario o trabajador social) que puedan aconsejar medidas de apoyo habilita que el psicólogo pueda ser designado judicialmente como perito para intervenir en un proceso de provisión de apoyos. De hecho, la labor del psicólogo es solicitada en mayor medida cada día[58].

El informe pericial psicológico debería contribuir a esclarecer tres áreas —personal, sanitaria, y jurídico-económica— en las que se puede evidenciarse que una persona que adolezca de una discapacidad puede necesitar de ayuda; o, por el contrario, puede evidenciarse que goza de plena autonomía y, por consiguiente, el apoyo judicialmente solicitado no será necesario.

Conviene analizar en primer lugar, así, —y en relación con el área personal— las habilidades para la vida independiente o esfera personal, esto es, autocuidado (aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento); instrumentales cotidia-

---

en donde tratan de conocer, por lo común, el sistema judicial español, los procesos en los que el educador social puede intervenir, la evaluación pericial socioeducativa, así como la adquisición de las habilidades necesarias para elaborar informes periciales.

56. Para comenzar, es obligatorio la valoración de la conducta adaptativa que va a proporcionar información útil a los efectos de determinar el éxito para responder a las demandas de la vida cotidiana. Es multidimensional e incluye tres tipos de habilidades: conceptuales, sociales y prácticas. En primer lugar, las habilidades conceptuales incluyen habilidades académicas (lenguaje, lecto-escritura y aritmética), planificación, solución de problemas, abstracción, anticipación de consecuencias, autodirección y conceptos relativos al dinero, el tiempo y los números. En segundo lugar, las habilidades sociales comprenden habilidades interpersonales, responsabilidad social, autoestima, candidez, ingenuidad, deseabilidad social, seguimiento de reglas y normas, insight, evitar la victimización y resolución de problemas sociales. Por último, las habilidades prácticas son actividades de la vida diaria (autocuidado y habilidades domésticas), habilidades ocupacionales, manejo del dinero, seguridad, cuidado de la salud, viajes/desplazamientos, programación/rutinas y uso del teléfono. Debe reseñarse que, a pesar de que la inteligencia se ha dejado a un lado como elemento central de la evaluación, sigue siendo necesario tenerla en cuenta, por lo que debe utilizarse una escala que arroje puntuaciones totales del CI (JURADO DEVESA, P., DUJO LÓPEZ. V, «Discapacidad intelectual y provisión de apoyos…», cit., págs. 103 y 104).

57. Sobre la Evaluación pericial para la provisión de apoyos en discapacidad, Consejo General de la Psicología de España (disponible en https://www.infocop.es/evaluacion-pericial-para-provision-de-apoyos-en-discapacidad/). Existen guías para la evaluación pericial psicológica en los procedimientos de provisión de apoyos para personas con discapacidad. Véase, a modo de ejemplo, el de la Asociación de Psicología Forense de la Administración de Justicia (disponible en https://www.infocop.es/wp-content/uploads/2023/06/Guia-para-la-Evaluacion-Pericial-Psicologica-en-los-Procedimientos-de-Provision-de-Apoyos-para-Personas-con-Discapacidad-MAYO2023.pdf)

58. JURADO DEVESA, P., DUJO LÓPEZ. V, «Discapacidad intelectual y provisión de apoyos…», *cit.*, pág. 108.

nos (comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonear, desplazarse). En segundo lugar, atendiendo a la esfera de la salud habría que conocer el manejo de medicamentos; seguimiento de pautas alimenticias; autocuidado de heridas o úlceras; y consentimiento del tratamiento. Por último, habrían de ser analizadas las habilidades económico-jurídico-administrativas: conocimiento de su situación económica; capacidad para tomar decisiones de tipo económico (seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos); capacidad para otorgar poderes a favor de terceros: capacidad para realizar disposiciones testamentarias; capacidad para el manejo diario de bolsillo (gastos de uso cotidiano de carácter menor); habilidades en la esfera patrimonial o la capacidad contractual: alcance del conocimiento y comprensión en determinados casos, como: préstamos, donaciones, o cualesquiera actos de disposición patrimonial; habilidades para el transporte y manejo de armas: capacidad para la conducción de vehículos; capacidad para el uso de armas; habilidades en relación con el propio procedimiento: alcance del conocimiento sobre el objeto del procedimiento y sobre sus consecuencias; habilidades en el ámbito socio-político: conocimiento de la realidad social y normativas fundamentales; civismo; interacciones sociales simples y complejas; interacciones con la familia extensa; habilidades para comunicarse y establecer relaciones sociales[59].

IV. Momento procesal

1. Junto a la solicitud de inicio del expediente

La tutela judicial para que la persona con discapacidad o los demás legitimados por la ley[60] puedan obtener la provisión de una medida de apoyo respecto de quien lo precisa queda satisfecha con el auto por el que se adopte y ponga fin al expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. Solo en el caso de que este expediente de jurisdicción voluntaria fracase y se pretenda el nombramiento de curador habrá de acudirse al proceso judicial que la LEC prevé.

La provisión judicial de una medida de apoyo en el expediente de jurisdicción voluntaria va a depender —al igual que sucede en el proceso que, en su caso, pudiera promoverse con posterioridad— de un dictamen pericial de profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario que puedan aconsejar medidas de apoyo que resulten idóneas en atención a las circunstancias del

59. Cit. supra, págs. 102 y 203.

60. El cónyuge no separado de hecho o legalmente de la persona con discapacidad o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes, hermanos o, en su caso, el Ministerio Fiscal.

caso concreto. Este dictamen no se acuerda *ex officio* por el órgano jurisdiccional como sucede en el proceso contencioso, sino que será el solicitante quien, junto a la solicitud y demás documentos[61] que acrediten la necesidad de la adopción del apoyo, deba aportarlo. De este modo, sobre él recae la carga de aportar inicialmente las fuentes de prueba que expliquen tanto la necesidad de adoptar medidas de apoyo como la de recomendar una en concreto por considerarla más adecuada[62].

Si bien se prevé que la autoridad judicial podrá con carácter facultativo ordenar antes de la comparecencia del art. 42 bis. b) 2 LJV un dictamen pericial si lo considera necesario[63], la práctica de esta pericial de oficio se contempla como subsidiaria de la obligación que tiene el solicitante de aportarla y —en cierto modo— como excepcional al hacerla depender de las circunstancias del caso que el juez aprecie tras la admisión de la solicitud. Se omite, en este caso concreto, la referencia de que el dictamen que el órgano jurisdiccional acuerde deba emitirlo un profesional especializado del ámbito social y sanitario, tal y como la ley exige al solicitante al tiempo de presentar la solicitud de iniciación del expediente. Sin embargo, acreditada a estas alturas del trabajo la superación del modelo exclusivamente médico y el hecho de que tanto la LJV como la LEC se refieran a esa misma pericial como aquella que debe emitir este tipo de profesionales, no hay razón para que, cuando el juez que conoce del expediente considere necesaria otra pericial antes de la comparecencia, no deba acudir a profesionales sanitarios o sociales[64] u otro distinto del que hubiera emitido el dictamen aportado con la solicitud.

---

61. Se trata de documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo que se acompañarán a la solicitud son aquellos que revelan una situación de hecho que las justifica y habitualmente serán informes médicos que pongan de manifiesto las circunstancias que afectan a la persona con discapacidad acompañados muchas veces del historial clínico. Sin embargo, también pueden ser de otra naturaleza, como atestados policiales derivados de desapariciones vinculadas a pérdidas de memoria o de actuaciones requeridas por brotes de origen psiquiátrico, documentación administrativa o laboral (BANACLOCHE PALAO, J., «El nuevo expediente…», cit., págs. 1500 y 1501).

62. Op. cit. supra, pág. 1500. Uno de los problemas que se plantean es que el éxito de esta prueba va a depender, no solo de los medios que se prevean para implementarla, sino de las posibilidades y los recursos de carácter económico con los que el solicitante puede contar que, al fin y al cabo, es a quien la LJV atribuye la carga de intentar lograr la participación de los distintos profesionales en el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo (GARCIMARTÍN MONTERO, R., La provisión judicial de apoyos…, op. cit., pág. 132).

63. Revelador de que el papel activo del juez se ha visto reforzado por la L8/2021por razón del interés público y social de la protección de los derechos de las personas con discapacidad (GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «El papel activo del juez…», cit., págs. 8 y 9). En este sentido, rigen para este expediente de jurisdicción voluntaria las reglas específicas que corresponden a los procesos no dispositivos. Como la indisponibilidad del objeto del proceso, la intervención del Ministerio Fiscal, especialidades en el orden probatorio, exclusión de la publicidad y acceso de las sentencias al Registro Público (ARMENTA DEU, T., «Personas con discapacidad…l», cit., pág. 12). Apunta BUCHHALTER-MONTERO que fue en la Ley 13/1983 en la que, para acomodarse a los arts. 10, 14, 39 y 49 CE de 1978, se encuentran unas previsiones llamadas a atribuir al juez un rol decididamente activo en la protección de las personas con discapacidad (BUCHHALTER-MONTERO, B., «El rol de la discapacidad intelectual…», cit., pág. 320).

64. En este sentido, BANACLOCHE PALAO entiende que, a pesar de que el precepto no lo concreta, lo lógico es que el informe pericial del art. 42 bis. b) será de tipo médico, aunque siguiendo la propia especificación del art. 42 bis. b) 1 LJV podría ser también social y no solo sanitario (BANACLOCHE PALAO, J., «El nuevo expediente…», cit., pág. 1503).

El dictamen pericial de profesional social y sanitario se presenta, así, como un requisito procedimental del que depende la admisión de la solicitud de iniciación del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. Sin perjuicio de que ello pueda suscitar algunas cuestiones de orden constitucional[65], lo cierto es que su exigencia concuerda con la filosofía de la Ley 8/2021 y, en particular, dimana de la exigencia de colaboración interprofesional o «mesa redonda» a la que aludía para la elección y adopción judicial del apoyo. Lo que parece estar claro es que podría ser excesivo que no se tramitara la solicitud por entenderse que el dictamen pericial es incompleto o insuficiente dada la posibilidad antes referida de que el juez puede pedir el dictamen pericial que considere oportunos[66]. Ahora bien, la falta de presentación de esa pericial junto a la solicitud parece que, a tenor de lo expuesto, debe tener como respuesta su inadmisión y, por tanto, que no prosiga la tramitación del expediente.

La realidad muestra, sin embargo, que se está dando respuesta completamente distinta. La potestad atribuida al juez que conoce del expediente de provisión de medidas judiciales de poder ordenar —antes de la comparecencia— el dictamen pericial ha reemplazado la carga inicial que la ley impone al solicitante de probar la necesidad del apoyo. La exigencia legal de que sea el solicitante quien aporte al tiempo de la solicitud un dictamen pericial social y sanitario se ha difuminado al entenderse satisfecha con la emisión de un dictamen pericial que el juez suele acordar después de admitirla a trámite. El problema es que se constata una tendencia consistente en acordarse —por el órgano— un informe de médico forense prescindiendo de otros profesionales sanitarios o sociales y, por tanto, prescindiéndose de la voluntad legislativa que presidió la reforma procesal[67].

---

65. En efecto, creo que pueden suscitarse algunas repercusiones constitucionales. La exigencia de dictamen pericial social y sanitario puede suponer una condición impeditiva u obstaculizadora del acceso a la jurisdicción —en este caso, a la jurisdicción voluntaria— cuando la persona con discapacidad es la que inicia el expediente. En este caso, podría considerarse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en la medida en que la carga probatoria para acreditar su propia necesidad de apoyo (con las implicaciones económicas que, además, ello supondría) mediante un dictamen pericial previo para aportarlo junto a la solicitud, podría dificultar el acceso a la jurisdicción voluntaria para la provisión del apoyo en condiciones de igualdad a los demás legitimados para iniciar el mismo expediente. Asimismo, el hecho de que para la solicitud de provisión de apoyos no sea preceptiva la intervención de asistencia letrada, puede impedir su acceso al beneficio de asistencia jurídica gratuita.

66. Op. cit. supra, pág. 1501.

67. Ya ha advertido GARCIMARTÍN MONTERO que la cooperación interprofesional a la que llama el legislador corre el riesgo de no ser más que una bondadosa declaración de intenciones si no es articulada convenientemente en la práctica (GARCIMARTÍN MONTERO, R., La provisión judicial de apoyos…, op. cit., pág. 131). Sobre todo señala la ausencia de refuerzo de las plantillas de los Equipos Técnicos Judiciales responsables de la realización de estos dictámenes supone que la virtualidad práctica de esta disposición se encontrará irremediablemente condicionada por los medios de la Administración prestacional que sirven de apoyo a juzgados, tribunales y fiscalías; los equipos psicosociales y demás unidades de apoyo a la función jurisdiccional en procesos de esta índole habitualmente se encuentran —además— infradotados y por ello, pueden ser responsables de dilaciones indebidas en este tipo de procedimientos. Si no se evita este riesgo, esta prueba pericial que puede iluminar la idoneidad de una concreta medida de apoyo, puede convertirse, de un medio para lograr una correcta provisión de apoyos, a un medio de dilación y una merma en las garantías. Resulta de interés la sugerencia que hace la autora sobre adoptar para la provisión de apoyos de un modelo similar al que se prevé en materia de responsabilidad penal de menores y la creación de unos juzgados especializados de Infancia, Familia y Capacidad

2. De oficio en el proceso judicial de provisión de apoyos

A) En la primera instancia

Nuestra ley procesal impide que pueda recaer el pronunciamiento judicial sobre medidas de apoyo sin que se haya emitido previamente un dictamen pericial que deberá ser de tipo social y sanitario acordado por el tribunal. Si bien el tribunal puede solicitar más de un dictamen pericial[68], tras la reforma procesal de 2021 se exige que sean profesionales de los ámbitos social y sanitario quienes lo emitan.

En efecto, el art. 759.1 3º requiere que se cuente, en todo caso, con profesionales especializados de los ámbitos y sanitario[69], aunque pueda también contarse con otros profesionales especializados que aconsejen medidas de apoyo. Objetivamente se está ante una misma prueba —pericial social y sanitaria— pero, mientras en sede de jurisdicción voluntaria es exigida al solicitante o, en su caso, puede ser acordada por el juez antes de la comparecencia, en el proceso judicial se ve intensificada por su naturaleza preceptiva y por el hecho de que, sin perjuicio de los dictámenes periciales aportados por parte a la demanda o contestación (art. 265 en relación al art. 336 LEC[70]), deba ser el órgano jurisdiccional quien la acuerde siempre y en todo caso *ex officio*.

---

podrían contribuir a lograr los objetivos de la ley puesto que una centralización de estas materias podría ayudar a optimizar los servicios que prestan determinados profesionales (médicos forenses, trabajadores o asistentes sociales) a la Administración de Justicia (GARCIMARTÍN MONTERO, R., cit. supra, págs. 131 y 132). La LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia va en esta misma línea. En efecto, la Ley prevé, por una parte, que los Tribunales de Instancia puedan estar integrados por secciones de Familia, Infancia y Capacidad.

68. SALAZAR VARELLA, C.E., El proceso de incapacitación, op. cit., pág. 207.

69. La conveniencia de que participen profesionales del ámbito sanitario y social puede ser valorada positivamente. Para GARCIMARTÍN MONTERO, la participación de un profesional del ámbito social permite dar a conocer al juez las circunstancias concretas que la discapacidad puede tener en otros ámbitos como el laboral o el económico. Sin embargo, dado que en toda discapacidad existe un fundamento físico o psíquico, parece razonable que la determinación de su alcance y su permanencia en algunos casos deba ser valorada por un profesional de la medicina de la especialidad más próxima a la discapacidad de la persona para la que se solicitan judicialmente los apoyos (GARCIMARTÍN MONTERO, R., La provisión judicial de apoyos…, cit., pág. 131). En este mismo sentido, BANACLOCHE PALAO considera que un dictamen pericial médico era obligatorio en el modelo anterior a la Ley 8/2021 y también debería serlo cuando el proceso se convierte en contradictorio por existir oposición de alguno de los interesados (BANACLOCHE PALAO, J., «El nuevo expediente…», cit., pág. 1507).

70. Ello no ha obstado, en efecto, la intervención de cualquier otro médico, sea o no especialista, que pueda haber sido traído por las partes (o incluso por el juez del proceso) y la importancia que, en cualquier caso, ha tenido la existencia de informes del especialista que esté tratando o haya tratado al enfermo al objeto de hacer una completa anamenesis a los efectos de valorar adecuadamente todos los datos sobre el origen y la evolución de la patología (SALAZAR VARELLA, C.E., *El proceso de incapacitación*, *op. cit.*, pág. 209); y de que la incorporación a la demanda de otros informes médicos relativos a la situación de la persona con discapacidad puedan ser tenidos en cuenta a efectos indiciarios (GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión judicial de apoyos…*, *op. cit.,* pág. 131). Habida cuenta de la naturaleza física o psicopatológica de las causas determinantes de la incapacidad, para GARCÍA-LUBÉN, la aportación de dictámenes de otras personas que profesen disciplinas cuyos conocimientos puedan ser relevantes para la valoración tanto de las causas como del alcance de la discapacidad pueda aportarse al proceso ha podido ser fundamental a efectos de lo que pueda resolverse en el proceso (GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas*, *cit.*, pág. 154).

El fundamento de esta exigencia procesal puede encontrarse, por una parte, en la constatación de una oposición existente al apoyo propuesto o solicitado por cualesquiera de los interesados en el previo expediente de jurisdicción voluntaria, razón por la se le puso fin y se promueve el proceso contradictorio[71]; y, por otra, la naturaleza del apoyo que se pretende cual es la instauración de una curatela que, aun en los casos en que sea meramente asistencial y no representativa, puede resultar más invasiva que otras fórmulas de apoyos como la misma guarda de hecho, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la consecución de ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas para supuestos específicos. Pero también su fundamento se halla en el orden público procesal y de relevancia constitucional, motivo por el cual el TS[72] ha venido sancionando con la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones si no se acuerda este dictamen pericial para la fijación de los apoyos, tanto en primera como en segunda instancia.

i. Existencia de un dictamen pericial sanitario o social aportado o acordado en expediente tramitado previamente: ¿una excepción al mandato del art. 759.1. 3º LEC?

Si la existencia de un dictamen pericial en el expediente de provisión de apoyos convalida la obligación de que el tribunal acuerde los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda en el proceso de provisión de apoyos es una cuestión que debe responderse negativamente por razones basadas en política procesal. En efecto, tanto si en el expediente se hubiese presentado al tiempo de la solicitud dictamen pericial social y sanitario, como si este hubiese sido acordado por el juez ante de la comparecencia, su constancia en sede de jurisdicción voluntaria no puede desvirtuar la obligación de que, en caso de enmarcarse la pretensión de provisión de apoyos en un marco jurisdiccional contencioso, el art. 759.1 LEC impone al órgano jurisdiccional respecto de la necesidad de recabar dictámenes periciales sociales y sanitarios.

Los motivos principales a las que obedece esta conclusión han de encontrarse —principalmente— en la contraposición de intereses que el fracaso del expediente deja entrever y que se ratifica cuando alguno de los interesados acude al proceso contradictorio del art. 757 LEC; en la naturaleza del apoyo que se

---

71. Lo que para GARCIMARTÍN MONTERO entiende como un argumento que demuestra que la negativa de la persona con discapacidad no puede llegar a producir el efecto de que no se provean los apoyos. Pues si la voluntad del legislador fuese que la prestación de apoyos debiera depender de la voluntad de las personas con discapacidad esta sería la única legitimada. Ello demuestra que la voluntad de esta última no es relevante a efectos de que si inicien los trámites para la provisión de apoyos. No lo dice la propia Convención, pero sí la Observación General 1ª según la cual, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del interés superior debe ser sustituida por la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias (GARCIMARTÍN MONTERO, R., «La persona con discapacidad…», cit., págs. 295 y 301).

72. Véase el FD 3º de la STS 940/2002, de 14 de marzo, (ECLI:ES:TS:2022:940).).

pretende constituir en el proceso (curatela); y, en último lugar, en que las altas probabilidades[73] de que sea el mismo juez que conoció del expediente no asegura, por una parte, ni que el dictamen pericial aportado o acordado en el expediente obre en el proceso judicial; ni que, por otra, adquiera carácter pericial el dictamen previamente emitido de aportarse junto con los autos de jurisdicción voluntaria ya que tendría la consideración de prueba documental. En este último caso, sería dudoso entender —incluso a la luz de una interpretación flexible del art. 752.1 LEC— que, mediante la eventual ratificación por el perito en el proceso contradictorio de un dictamen suyo emitido fuera de él, se ha cumplido la obligación que incumbe al órgano jurisdiccional de acordar la práctica de esa prueba. Si bien ha podido encontrarse en jurisprudencia del TS algún destello que exceptúa la repetición de las diligencias preceptivas, parece que ello solo resulta aplicable para el caso de que se tratare de una misma prueba que debiera practicarse en la segunda instancia —y, además— si no se hubiera producido un cambio de criterio por el tribunal de apelación en relación con la sentencia dictada en primera instancia[74].

ii. La negativa de la persona con discapacidad a ser reconocida por perito sanitario, social u otro profesional especializado designado judicialmente

No ha sido extraño que el órgano jurisdiccional haya contemplado en décadas anteriores la reticencia y, en algunos casos, la negativa de la persona con discapacidad a ser reconocido y explorado por él mismo o por los peritos médicos designados. De hecho, esa negativa puede ser representativa de la constatación misma de la patología que aquel sufre[75]. Esta reacción puede, además, verse agudizada por la duplicidad procedimental a la que la que a la persona con discapacidad puede sometérsele a pesar de haber accedido a la práctica de estas pruebas —y, en especial, a la pericial— durante la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de apoyos, ya sea al tiempo de aportar el dictamen junto a la solicitud o cuando el juez lo acordó de oficio antes de la comparecencia. La falta de conformidad con el apoyo propuesto en la jurisdicción voluntaria ha podido provocar que, para obtener la constitución judicial del apoyo, los interesados hayan tenido que promover el proceso contencioso.

---

73. Salvo que la persona con discapacidad hubiese cambiado de residencia (art. 756.2 LEC).

74. STS 940/2022, de 14 de marzo, FD 3º (ECLI:ES:TS:2022:940).

75. Es lo que en términos clínicos se conoce como el insight, esto es, la falta de autopercepción de enfermedad que lleva a no colaborar con la Administración de Justicia y es un rasgo típico de ciertas patologías. Desde la perspectiva psiquiátrica, son cuatro los grupos de trastornos que producen una mayor pérdida de contacto de la realidad y de autopercepción de su patología, a saber: las trastornos de alteración del contenido del pensamiento (piscosis); trastornos en el control de la impulsividad en sus formas más graves (algunas en comorbilidad con patologías neurológicas); alteraciones de la afectividad; y las alteraciones por intoxicación, abuso y dependencia de sustancias (FUERTES ROCAÑÍN, J.C.; MARCHENA GÓMEZ, M. (Pr.), Manual de psiquiatría forense para jueces, fiscales y otros profesionales del Derecho, Aranzadi, Cizur Menor [Navarra], 2021, pág. 40).

Sin embargo, ha sucedido que el discapacitado haya manifestado decidida y firmemente —en el curso de su tramitación—su voluntad de no ser reconocido de nuevo por médico forense. La escasa casuística ha mostrado cómo en algunos supuestos el Ministerio Fiscal ha propuesto la emisión del informe pericial por médico forense con la documentación obrante en autos[76], lo que plantea dudas acerca de si ello colma suficientemente las exigencias probatorias expresamente previstas para estos casos porque, por una parte, la pericia sin objeto basada en informes clínicos previos puede dar lugar a la contaminación clínica que no encuentre acomodo con la realidad actual; y, por otra, puede comprometerse el secreto profesional.

B) En la segunda instancia

El interés comprometido en el proceso judicial de provisión de apoyos parece fundamentar una necesidad de actualización —y no ampliación— del informe pericial emitido en la primera instancia. A diferencia, incluso, de las revisiones de los apoyos que consiguen ser adoptados tanto en el expediente de jurisdicción voluntaria (art. 42 bis. c], 3 LJV) como en el proceso contencioso (art. 761 LEC) en los que el dictamen pericial se recaba solo si en el expediente de revisión se considera necesario, se impone una nueva práctica *ex officio* de la prueba pericial social y sanitaria si la sentencia en la primera instancia en el proceso de provisión de medidas judiciales de apoyo es apelada.

En efecto, del art. 759.4 LEC se desprende este mandato con nitidez al disponer que:

> «La sentencia que decida sobre las medidas de apoyo fuere apelada se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas (…)»

Asimismo, el hecho de que, generalmente, sea el mismo discapacitado quien recurre en la apelación y quien vaya a solicitar que se deje sin efecto el apoyo que, respecto de él, se ha acordado por considerar que no lo necesita, refuerza —aún más si cabe— la necesidad de que, so pena de infracción de precepto procesal[77], vuelvan a practicarse todas las pruebas preceptivas que manda el art. 759 LEC. Del mismo modo que se preveía en el proceso de incapacitación derogado, la nueva regulación tras la reforma de 2021 mantiene incólume esa

---

76. STS 854/2024, de 12 de junio, FD 1º, (ECLI:ES:TS:2024/854).

77. Salvo en los casos en los que, habiéndose acordado en la primera instancia el dictamen pericial preceptivo, la persona con discapacidad se niegue reiteradamente en la segunda instancia. En estos casos, parece que, siempre y cuando la Audiencia hubiese acordado la práctica de esta diligencia y pese a que no puede obrar una actualización de la información del estado de la persona con discapacidad, no cabe apreciar infracción del art. 759.4 LEC (STS 854/2024, de 12 de junio, FD 1º, [ECLI:ES:TS:2024:854]).

obligación que la ley procesal impone al órgano jurisdiccional que conozca de este proceso especial a los efectos de que las consideraciones periciales de la primera instancia puedan dejar —o no— de ser tenidas en cuenta[78] en la provisión judicial del apoyo, acordado o desestimado.

Con lo dicho, debe entenderse superado jurisprudencialmente el matiz que, en relación con el carácter preceptivo de este tipo de pruebas, acogió en alguna ocasión la Sala Primera en la primera década de los 2000[79]. Llegó a considerarse que la repetición de las diligencias preceptivas del art. 759 LEC solo era necesarias para el caso de que se hubiera producido un cambio de criterio por el tribunal de apelación. No obstante, tras la STS 610/2005, de 15 de julio, parece que la Sala esquiva definitivamente la línea seguida en esos pronunciamientos —hasta la actualidad[80]— al entender que, de no acordarse la práctica de esas pruebas (entre las que se comprende la pericial), se está infringiendo una norma procesal esencial para este tipo de proceso especial que debe ser sancionada con la nulidad de pleno derecho de la sentencia dictada. Salvo la excepción recogida en el art. 759.2 LEC que, además, solo aplicable a las audiencias preceptivas, dicho precepto tiene la consideración de norma imperativa ajena al comportamiento procesal y disposición de las partes y, como tal, forma parte del orden público y de relevancia constitucional.

V. Conclusiones

PRIMERA. *El rol del especialista forense en la provisión judicial de apoyos*

La reforma civil de 2021 sobre la discapacidad de las personas ha traído consigo una ampliación —por razón del profesional que puede emitirlo— de la tipología del dictamen pericial que debe aportarse o, en su caso, puede o debe acordarse, tanto en el expediente como en el proceso judicial de provisión de apoyos. La especialización y la interdisciplinariedad en la atención de la discapacidad (en cualesquiera de sus formas y orígenes) se encadenan entre sí para potenciar una valoración integral de la realidad del discapacitado que pretende favorecer la constatación de la necesidad de apoyo y —de acreditarse— el acierto de la medida que judicialmente se acuerde.

---

78. Al fin y al cabo, en el proceso judicial de provisión de apoyos rige en art. 348 según el cual se valorarán los dictámenes periciales según la regla de la sana crítica. El dictamen pericial emitido en la primera y segunda instancia serán apreciados libremente por el órgano jurisdiccional según su prudente arbitrio, pudiendo, por tanto, atender a cualquiera de ellos o prescindir de todo o en parte, o seleccionar parcialmente la información que estime pertinente para incorporarlo al proceso razonador sobre la adopción del apoyo.

79. SSTS 252/2001, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2001:252) y 947/2002, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2002:947).

80. FD 3º STS 940/2022, de 14 de marzo de 2002 (ECLI:ES:TS:2022:940).

SEGUNDA. ***Del fracaso del sistema de colaboración interprofesional***

Pese a que la *voluntas legis* de la Ley 8/2021 ha sido —entre otros objetivos y logros perseguidos para hacer efectiva la igualdad de capacidad jurídica de las personas con discapacidad— la superación del modelo médico en la determinación del apoyo concreto, no puede hablarse de un cambio de paradigma en la práctica judicial dado que los órganos jurisdiccionales conocedores de pretensiones de provisión de apoyo siguen inercialmente recabando dictamen pericial de médico forense rehusándose tácitamente la colaboración interprofesional o de «mesa redonda» querido por la reforma.

TERCERA. ***Sobre algunas cuestiones de orden procedimental y procesal***

La carga probatoria que recae sobre quien solicita el inicio de un expediente de provisión de medidas de apoyo cuando es el mismo discapacitado quien decide iniciarlo puede presentar algunas repercusiones de orden constitucional. En cualquier caso, la obligación que tiene el legitimado de presentar junto a la solicitud un dictamen pericial para probar la necesidad del apoyo y proponer una medida concreta de apoyo, se viene satisfaciendo —a pesar de no ser esta la voluntad del legislador— a través de la facultad que tiene el juez de acordarlo de oficio antes de la comparecencia, sin que se inadmita la solicitud si la pericial no se adjunta a ella. Ese dictamen aportado o acordado en el expediente será —con carácter general— un dictamen de médico forense que en ningún modo suple el dictamen social y sanitario que debe acordarse preceptivamente en el proceso contradictorio subsiguiente, ni en la primera ni en la segunda instancia. Tampoco el dictamen que se acuerde en la primera instancia desvirtúa el mandato legal del art. 759.4 LEC de que se reitere su práctica si la sentencia es apelada, del mismo modo que sucede con las demás pruebas preceptivas que hubieron de acordarse de oficio.

V. Bibliografía

ALCÁZAR RUIZ, R., SOLO ESTEBAN, R. y VILLEGAS CASTRILLO, E., «El trabajo social y sus intervenciones de apoyo a la capacidad jurídica de las personas, tras la Ley 8/2021», *Siglo Cero*, Vol. 55 (1), 2024, enero-marzo, págs. 29-47.

ARMENTA DEU, T., «Personas con discapacidad: especialidades en el proceso civil y penal», *Revista General de Derecho Procesal*, 62 (2024).

BANACLOCHE PALAO, J., «El nuevo expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad», *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 junio, al año de su entrada en vigor*, LLEDÓ YAGÜE. F., FERRER VANRELL, M.P., EGUSQUIZA BALMASEDA, M.Á., LÓPEZ SIMÓ, F., (Dirs.), Dykinson, Madrid, 2022.

Buchhalter-Montero, B., «El rol de la discapacidad intelectual en la formación de la jurisdicción voluntaria española: del Derecho romano a las primeras normas tras la Constitución de 1978», *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 19 (2022).

Bujosa Vadell, Ll. M. y Sastre Vidal, M., «Trastornos del lenguaje y acceso a la justicia», *Revista General de Derecho Procesal*, 60 (2023).

Cuadrado Salinas, C., «Personas vulnerables y ajustes del procedimiento. Luces y sombras de su regulación actual», *Revista General de Derecho Procesal*, 62 (2024).

Cubero García, M., Novillo García, B., «Informe Social de Coloración de apoyos», *Colegio oficial de Trabajo Social de Madrid*, octubre, 2021.

Flores Prada, I., «Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-procesal de los informes clínicos», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 15, 2013.

Fuertes Rocañín, J.C, Cabrera Forneiro, J., Fuertes Iglesias, C., *Manual de Ciencias Forenses*, Aran, Madrid, 2012.

Fuertes Rocañín, J.C.; Marchena Gómez, M. (Pr.), *Manual de psiquiatría forense para jueces, fiscales y otros profesionales del Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

García García. C.A., Guija Villa, J., García Gallardo, P.A., «Implicaciones médico forenses del desarrollo de 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», *Cuadernos de medicina forense*, Vol. 25, Nº1, 2022, págs. 79-90.

García-Lubén Barthe, P., *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas*, Colex, Madrid, 1999.

Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad,* Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2021.

«La persona con discapacidad como protagonista del apoyo», *Los vulnerables ante el proceso civil*», Herrero Perezagua, J.F. y López Sánchez, J. (Dirs.), Atelier, Barcelona, 2022.

Gómez Martínez, C., «El papel activo del juez en la aplicación de la Ley 8/2021», *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 junio, al año de su entrada en vigor*, Lledó Yagüe. F., Ferrer Vanrell, M.P., Egusquiza Balmaseda, M.Á., López Simó, F., (Dirs.), Dykinson, Madrid, 2022.

Jurado Devesa, P., Dujo López. V, «Discapacidad intelectual y provisión de apoyos: repercusiones forenses tras la entrada en vigor de la ley 8/2021 de 2 de junio», *Revista de Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol.22 (1), 2022, págs. 91-132.

Lafuente Torralba, A.J., «Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales» en *Los vulnerables ante el proceso civil*, Herrero Perezagua, J.F. y López Sánchez, J. (Coord.), Atelier, 2022.

López Simó. F., «El nuevo proceso contencioso de adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad», *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 junio, al año de su entrada en vigor*, Lledó Yagüe. F., Ferrer Vanrell, M.P., Egusquiza Balmaseda, M.Á., López Simó, F., (Dirs.), Dykinson, Madrid, 2022.

Pesqueira Zamora, M.J., «Aspectos procesales de la capacidad a partir de la nueva regulación», *Revista General de Derecho Procesal*, 57 (2022).

Petit Sánchez, M., «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020).

Planella, J., «Educación social, acompañamiento y vulnerabilidad: hacia una antropología de la convivencia», *Revista Iberoamericana de Educación*, Vol. 46, Nº 5, 2008.

QUESADA SÁNCHEZ, A.J., «*¿Quo Vadis,* Incapacitación? Reflexiones iniciales sobre cierto proyecto de Ley en los tiempos del coronavirus», *Revista Jurídica del Notariado*, Nº 112, enero-junio, 2021.

RODRÍGUEZ RUIZ, E., SERRANO REINA, E., «Dictamen pericial y terapia ocupacional. Ámbitos de actuación», *Revista electrónica de terapia ocupacional Galicia*, Nº 21, 2, 2024, págs. 195-201.

SALAZAR VARELLA, C.E., *El proceso de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

SALES JIMÉNEZ, R., «El nuevo concepto de Discapacidad tras la Ley de Jurisdicción voluntaria 5/2015 y la Ley 8/2021 de 2 de junio de protección de las personas con discapacidad», Diario La Ley, Nº 10476, Tribuna, 2024.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad; reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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», *Revista de Derecho Civil,* vol. VII, núm.5 (octubre-diciembre 2020).

SANROQUE SAIXO, D., «El informe médico pericial: forma y contenido», *Diario La Ley*, Nº 7711, 2011.

SERRAT, D., «Problemas médico-legales del consumo de drogas», *Adicciones: Revista de socidrogalcohol*, Vol. 15, Nº1, 2003, págs. 77 a 89.

VAQUER ALOY, A., «El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica», *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 junio, al año de su entrada en vigor*, LLEDÓ YAGÜE. F., FERRER VANRELL, M.P., EGUSQUIZA BALMASEDA, M.Á., LÓPEZ SIMÓ, F., (Dirs.), Dykinson, Madrid, 2022.

VERDUGO ALONSO, M.Á., «Aportaciones de la definición de retraso mental (AAMR, 2002) a la corriente inclusiva de las personas con discapacidad», *Servicio de información sobre la Discapacidad*, 2003.

VERDUGO ALONSO, M.Á., SCHALOCK. R.L., «Últimos avances en el enfoque y concepción de las personas con discapacidad intelectual», *Revista Española sobre Discapacidad intelectual*, Vol. 41 (4), Nº 236, 2010, págs. 7 a 21.

LA REPRESENTACIÓN DE INDIVIDUOS PARA LA DEFENSA DE DETERMINADOS DERECHOS SUBJETIVOS

La acción colectiva de cesación para la defensa de los consumidores. En particular, la legitimación activa

Luis Gómez Amigo[1]
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Almería

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. LA ACCIÓN COLECTIVA DE CESACIÓN DEL TRLCU. 1. Cuestiones generales. 2. La legitimación activa. 2.1. La legitimación para la acción de cesación específica. A) La Administración Pública de consumo. B) Las asociaciones de consumidores y usuarios. C) El Ministerio Fiscal. D) Las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea. 2.2. Las especialidades en cuanto a la legitimación para la acción de cesación genérica. 2.3. La intervención procesal de las entidades legitimadas. 2.4. Entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de cesación en otros Estados miembros de la Unión Europea. 3. Carácter imprescriptible de la acción de cesación. III. LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES EN LA DIRECTIVA (UE) 2020/1828, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2020. EL NUEVO SISTEMA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA. IV. LA ACCIÓN COLECTIVA DE CESACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE ACCIONES COLECTIVAS DE 2025. 1. Características generales del nuevo procedimiento para el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los consumidores. 2. La legitimación activa. 3. Disposiciones específicas sobre la acción colectiva de cesación. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. Planteamiento

El objetivo de este trabajo es examinar el régimen jurídico de la acción de cesación prevista para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios. La acción de cesación se introdujo en nuestro ordenamiento por imperativo de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, transpuesta por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, que la incorporó, entre otras, a la LEC y a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Posteriormente, la Directiva 98/27/CE fue sustituida por la Directiva 2009/22/CE del Par-

1. Estudio realizado en el marco del Proyecto de Fortalecimiento de Grupos de Investigación PPIT-UAL, Junta de Andalucía-FEDER 2021-2027, Programa 54.A, Grupo PAIDI: SEJ384.

lamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, sobre la misma materia, y finalmente ésta también ha sido sustituida por la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores[2].

Concretamente, centraremos nuestro estudio en el régimen de la acción colectiva de cesación contenida en los arts. 53 a 56 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLCU), que puede considerarse el régimen general de la acción colectiva de cesación para la defensa de los consumidores y usuarios. Porque la acción de cesación también está prevista en otros textos legales, algunos de los cuales establecen especialidades, señaladamente en cuanto a la legitimación activa (así, en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; y Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios)[3].

Es verdad que España ha incumplido con creces el plazo de transposición de la Directiva (UE) 2020/1828 y ya se está tramitando en el Congreso un Proyecto de Ley para realizar la transposición, pero debemos partir en nuestro estudio del régimen actualmente vigente en los arts. 53 a 56 del TRLCU, haciendo hincapié en la legitimación activa, verdadera piedra angular del sistema de acciones colectivas.

Siendo este nuestro punto de partida, debemos analizar a continuación la legitimación activa en la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020,

---

2. Téngase en cuenta que la Directiva 2009/22/CE ha quedado derogada a partir del 25 de junio de 2023, fecha a partir de la cual son de aplicación las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva (UE) 2020/1828, teniendo los Estados miembros de plazo para transponer esta Directiva hasta el 25 de diciembre de 2022.

3. Otras leyes contemplan acciones colectivas de cesación en términos similares a los previstos por el TRLCU: Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio; Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; y Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos de vacaciones de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. Al respecto, en las Disposiciones finales del Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, presentado el 27 de febrero de 2025, se prevé la modificación de estas normas remitiendo en cuanto a las acciones colectivas, de cesación y resarcitorias, al nuevo régimen que la reforma introduce en la LEC y el TRLCU.

que es común para toda clase de acciones de representación (acciones colectivas), tanto de cesación como resarcitorias, cuya transposición debería haber sustituido ya a la actual regulación del TRLCU.

Como hemos señalado, España todavía no ha transpuesto esta Directiva. Unas primeras previsiones normativas para su transposición se contenían 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, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el 22 de marzo de 2024. Sin embargo, el texto finalmente aprobado de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia no incluye la reforma de las acciones colectivas, ya que, al no tener suficiente apoyo, se excluyó del Proyecto de Ley en su tramitación en el Congreso. Posteriormente, el Gobierno ha presentado el 27 de febrero de 2025 el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, que contiene las previsiones normativas de transposición de la Directiva (UE) 2020/1828, estableciendo en la LEC un procedimiento especial y completo con el régimen procesal de las acciones colectivas, de cesación y resarcitorias. Además, este Proyecto de ley reforma el TRLCU, modificando las normas sobre legitimación activa para las acciones colectivas; y estableciendo el procedimiento para la designación, revocación de la designación y evaluación de las asociaciones de consumidores y usuarios como entidades habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas nacionales o transfronterizas.

Por tanto, debemos examinar también las previsiones de este Proyecto de Ley de acciones colectivas, presentado el 27 de febrero de 2025, centrando nuestro análisis en la legitimación activa, común tanto para las acciones de cesación como para las resarcitorias, y abordando asimismo el resto de las disposiciones comunes a ambas clases de acciones colectivas y también las normas procesales específicamente previstas para las acciones colectivas de cesación.

II. La acción colectiva de cesación del TRLCU

1. Cuestiones generales

La acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios se regula en los arts. 53 a 56 del TRLCU. El art. 53 establece el contenido de la acción de cesación, que es el de obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta ilícita y prohíba su reiteración futura, pero para determinar su ámbito de aplicación debemos tener en

cuenta el art. 54, que regula la legitimación atendiendo a diversas conductas infractoras de los intereses colectivos de los consumidores. En primer lugar, se contempla la acción de cesación específica, que es la prevista en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, y garantías en la venta de productos y viajes combinados, que son las materias que fueron objeto de refundición en el TRLCU (art. 54.1). Y en segundo lugar, nos encontramos con la acción de cesación genérica, establecida frente al resto de conductas de empresarios contrarias al TRLCU que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios (art. 54.3).

Como hemos señalado, la acción colectiva de cesación se dirige a que se condene al empresario o profesional a cesar en la conducta contraria a los intereses colectivos de los consumidores y a prohibir su reiteración futura. Por tanto, la acción de cesación engloba dos pretensiones: una de estricta cesación y otra de carácter prohibitivo o inhibitorio, teniendo tanto un alcance inmediato como una proyección hacia el futuro. Asimismo, con la acción de cesación podrá solicitarse la prohibición de una conducta, aunque ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. En este caso, la tutela será más inhibitoria que cesatoria. No se prevé, en cambio, el ejercicio de una acción de cesación si no se ha consumado previamente una conducta antijurídica del empresario[4]. También se considera conducta prohibida la recomendación de utilización de cláusulas abusivas (art. 53 I y II).

Además, desde 2014[5] es posible acumular a la acción colectiva de cesación otras pretensiones accesorias (se entiende que de alcance colectivo asimismo[6]) de nulidad y anulabilidad, de incumplimiento de obligaciones, de resolución o rescisión contractual y de restitución de cantidades cobradas en virtud de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como de indemnización de daños y perjuicios que hu-

---

4. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)», en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007* (Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, dirs.), Iustel, Madrid, 2011 (versión del trabajo depositada en el repositorio institucional de la Universidad Complutense de Madrid: https://eprints.ucm.es), pp. 16-18.

5. Previsión introducida por el art. único.8 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLCU. Esta reforma también introdujo un párrafo cuarto en el art. 53 del TRLCU que reiteraba la misma regla, aunque referida a las acciones de cesación interpuestas por las asociaciones de consumidores y usuarios. Por esa razón, este párrafo cuarto ha sido suprimido por el art. 16.1 del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

6. Cfr. SENÉS MOTILLA, C., «Comentario al art. 53», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Cañizares Laso, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, tomo I, pp. 729-731; GASCÓN INCHAUSTI, F., «Procesos judiciales para la tutela de los consumidores», en *Manual de Derecho del Consumo* (Díaz Alabart, coord.), Reus, Madrid, 2ª ed., 2023, pp. 359-360.

biere causado la aplicación de dichas prácticas. De la acción acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal de cesación, por la vía prevista en la ley procesal (art. 53 III). A diferencia de la regulación de la acción de cesación del TRLCU, que cede ante normas especiales sobre la acción de cesación previstas en otras leyes, esta regla sobre acumulación de acciones es una norma especial que desplaza la aplicación de las normas procesales generales[7].

2. La legitimación activa

El art. 54 del TRLCU establece quiénes son los legitimados para ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, es decir, aquellos a quienes corresponde la legitimación activa para la acción colectiva de cesación del TRLCU[8].

Como se sabe, las acciones colectivas tutelan intereses de esta naturaleza, incluyendo entre los mismos los intereses supraindividuales, que son los genuinamente colectivos; pero también intereses pluriindividuales homogéneos, que pueden requerir una tutela colectiva, por ejemplo, cuando nos encontremos ante supuestos de daños masivos, teniendo en cuenta la amplia pluralidad de afectados y el bajo coste de los daños sufridos por cada uno de ellos[9]. Precisamente por ello, si con la acción de cesación se pretende tutelar un interés de carácter colectivo, la legitimación en estos casos no sigue la regla ordinaria, según la cual aquélla se atribuye a quien afirma ser titular de la relación jurídica u objeto litigioso [art. 10.1 LEC). Por el contrario, tratándose de intereses supraindividuales, en las acciones colectivas de cesación la legitimación la atribuye la propia ley, con carácter extraordinario, al amparo del art. 10.2 de la LEC. El art. 54 del TRLCU establece un elenco de entidades legitimadas para el

---

7. Cfr. SENÉS MOTILLA, C., «Comentario al art. 53», cit., p. 718.

8. Para esta cuestión tomo como punto de partida un trabajo mío anterior: GÓMEZ AMIGO, L., «Comentario al art. 54», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Cañizares Laso, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, tomo I, pp. 739-756.

9. Cfr. COROMINAS BACH, S., *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 24; ARMENTA DEU, T., «La legitimación en las acciones colectivas», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo* XXI (Montesinos García, dir.), Tirant lo Blanch, 2020, pp. 107 y 109.
Por su parte, LÓPEZ SÁNCHEZ, J. considera que en estos casos no puede hablarse de acciones colectivas, sino de colectivización de acciones individuales, aunque el fenómeno de la colectivización de acciones puede considerarse como una forma de tutela colectiva [«Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas y colectivización de acciones», en *Derecho, Justicia, Universidad.* Liber amicorum *de Andrés de la Oliva Santos* (I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y VEGAS TORRES, coords.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, tomo II, p. 1909]. También prefiere la expresión *tutela colectivizada* para referirse a estos supuestos, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «Los ejes fundamentales del sistema de acciones colectivas. Un intento de clarificación y propuestas de *lege ferenda*», *Justicia*, 2020, núm. 2, pp. 53 y 89.

ejercicio de la acción de cesación, atendiendo a dos tipos de supuestos diferenciados, según veremos a continuación. Pero lo que interesa recalcar ahora es que se trata de una enumeración cerrada o *numerus clausus*, ya que la legitimación extraordinaria viene determinada por expresa atribución legal. Por tanto, las entidades legitimadas son esas y no otras[10].

Como los intereses supraindividuales son indivisibles y su titularidad corresponde de modo indiviso a un grupo de personas, la defensa de tales intereses no puede encomendarse a sujetos individuales. Más bien, lo adecuado será que la ley confiera la legitimación para la acción de cesación a aquellas entidades públicas y privadas que se considere que, atendiendo a su finalidad, tienen representatividad para defender adecuadamente los intereses de los consumidores. En este sentido, en el art. 3 de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; así como en el art. 3 de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, sobre idéntica materia y que deroga a la anterior, se consideraban como entidades habilitadas para el ejercicio de las acciones de cesación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, tanto a los organismos públicos independientes específicamente encargados de la tutela de dichos intereses, como a las organizaciones (privadas) que tuvieran la misma finalidad. Con base en ello, el art. 54 del TRLCU confiere legitimación para la acción de cesación a entidades públicas, como el Instituto Nacional de Consumo y las entidades de las CCAA y las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores; y el Ministerio Fiscal. Y también a entidades privadas, como las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el TRLCU o en la legislación autonómica. Y junto a ellas, a las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada en el DOUE, ya sean entidades públicas o privadas. Como sabemos, la Directiva 2009/22/CE ha sido derogada y sustituida por la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que no ha sido transpuesta por el legislador español, de manera que el nuevo sistema de legitimación para las acciones colectivas no ha sido incorporado a nuestro ordenamiento todavía.

---

10. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)», cit., p. 30; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al art. 54», en *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Bercovitz Rodríguez-Cano, coord..), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, p. 690.

De modo coherente con lo expuesto, el art. 54 del TRLCU no otorga legitimación para el ejercicio de la acción de cesación al consumidor individual, de manera que debemos entenderla excluida en el ámbito del TRLCU[11].

Con carácter general, puede decirse que el sistema establecido en el art. 54 del TRLCU para atribuir legitimación para ejercitar la acción colectiva de cesación resulta complejo y además inadecuado. Por una parte, se establece un doble régimen de legitimación para el ejercicio de un mismo tipo de acción, la de cesación, legitimando, con carácter general, a los mismos sujetos para ambas, aunque con algunas diferencias.

En el art. 54.1, se recogen las entidades legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación en una serie de materias: cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados. Como hemos dicho, se trata de la acción de cesación específica, aplicable precisamente a las materias objeto de refundición en el TRLCU. Y el art. 54.3 prevé la legitimación para la acción de cesación frente al resto de conductas de los empresarios contrarias al TRLCU que lesionen intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Nos encontramos, en este caso, con la acción de cesación genérica o de carácter subsidiario.

Pero además, esta regulación resulta inadecuada, puesto que el art. 54.3 remite a los apartados 2 y 3 del art. 11 de la LEC, que regulan la legitimación de las asociaciones de consumidores para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, y que estaban previstos originariamente para acciones indemnizatorias y no para acciones de cesación[12].

---

11. Cfr. BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al art. 54», cit., pp. 690-691; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas y colectivización de acciones», cit., p. 1903.
No obstante, algunas leyes conceden legitimación activa para la acción de cesación a cualquier persona física o jurídica titular de un derechos o interés legítimo. Así, el art. 33.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; el art. 31.a) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; y el art. 118.3.e) del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
A este respecto, las Disposiciones finales tercera y décima del Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, de 27 de febrero de 2025, prevén la reforma de la Ley 34/2002, de 11 de julio, y del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, estableciendo una acción individual de cesación junto a las acciones colectivas de cesación y resarcitorias (en los *nuevos* arts. 31 y 118.2, respectivamente). Por su parte, la legitimación individual de las personas físicas o jurídicas afectadas, o titulares de un derecho subjetivo o interés legítimo, se mantiene en el art. 33.1 de la Ley de Competencia Desleal, según el texto previsto por el Proyecto de Ley de acciones colectivas de 2025 (Disposición final primera).

12. Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., «Comentario al art. 54», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (Cámara Lapuente, dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 439; y del mismo autor, «Acciones colectivas: pretensiones y legitimación», en *Acciones colectivas (Cuestiones actuales y perspectivas de futuro)* (Armenta Deu y Pereira Puigvert, coords.), Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 51; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación

Se ha señalado que el legislador quiso deliberadamente que la legitimación para las acciones de cesación específica y genérica fuera distinta, para excluir en el segundo caso la legitimación de las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea, que no venía exigida por la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998[13]. Por ello, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, que transpuso aquélla, introdujo en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el art. 10 ter, con los mismos legitimados que el actual art. 54.1 del TRLCU; y también la Disposición adicional tercera, que remitió para la legitimación de la acción de cesación genérica a los apartados 2 y 3 del art. 11 de la LEC, junto al Ministerio Fiscal (a los que, posteriormente y desde su promulgación, el art. 54.3 del TRLCU añadió el Instituto Nacional de Consumo y los órganos competentes de las CCAA y las corporaciones locales en materia de defensa de los consumidores). No obstante, la propia norma de transposición también reformó la LEC, añadiendo un nuevo apartado 4 en el art. 11 de la LEC, que incluía la legitimación del Ministerio Fiscal y de las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios[14].

En definitiva, se piense que esa diferenciación en cuanto a la legitimación para las acciones de cesación específica y genérica, que posteriormente se trasladó al art. 54 del TRLCU, tiene más o menos sentido, lo cierto es que debemos atenernos a ella. Y sin perjuicio de examinarla posteriormente con mayor detenimiento, podemos adelantar ya que, siendo el régimen sustancialmente el mismo, sin embargo, presenta las siguientes diferencias: *a)* las entidades de otros Estados miembros solo están legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación específica del art. 54.1, ya que el art. 54.3 sólo remite a los apartados 2 y 3 del art. 11 de la LEC, pero no al apartado 4; *b)* la acción de cesación genérica del art. 54.3 incluye también la legitimación de los grupos de consumidores afectados, según el art. 11.2 de la LEC; y *c)* para el ejercicio de la acción de cesación genérica del art. 54.3 en defensa de intereses difusos de los consumidores sólo están legitimadas las asociaciones de consumidores que, conforme a la ley, sean representativas, según el art. 11.3 de la LEC.

---

en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios», en *Intereses colectivos y legitimación activa* (Carbonell Porras, dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 229-230. Para COROMINAS BACH, S. dicha remisión estaría presuponiendo el ejercicio simultaneo de una acción de cesación y una indemnizatoria de daños (*Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, cit., pp. 40 y 71).

13. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)», cit., pp. 20 y 33.

14. Finalmente, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de modificación del TRLCU mantuvo la legitimación activa de las entidades habilitadas conforme a la normativa europea en el art. 11.4 de la LEC, e introdujo un nuevo apartado 5 en el art. 11 de la LEC, que estableció la legitimación del Ministerio Fiscal para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

2.1. La legitimación para la acción de cesación específica

Como antecedente inmediato, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, introdujo el art. 10 ter en la LCU, cuyo apartado 3 establecía, como legitimados para ejercitar la acción de cesación contra la utilización o la recomendación de utilizar cláusulas abusivas que lesionasen intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, las mismas entidades que actualmente recoge el art. 54.1 del TRLCU.

A) La Administración Pública de consumo

Para el ejercicio de la acción de cesación específica, el art. 54.1 del TRLCU otorga legitimación, en primer lugar, al Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las CCAA y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

Actualmente, el Instituto Nacional de Consumo ya no existe. En 2014, pasó a integrarse en un nuevo organismo autónomo denominado Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN), fruto de la refundición de los organismos autónomos preexistentes, Instituto Nacional de Consumo y Agencia Estatal de Seguridad Alimentaria y Nutrición, realizada por el Real Decreto 19/2014, de 17 de enero. Posteriormente, sus funciones pasaron a desempeñarse por la Dirección General de Consumo, integrada desde 2018 en el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, dependiendo de la Secretaría General de Sanidad y Consumo (Real Decreto 1047/2018, de 24 de marzo[15]). Desde 2020, la Dirección General de Consumo estuvo integrada en el Ministerio de Consumo, dependiendo de la Secretaria General de Consumo y Juego (Real Decreto 495/2020, de 28 de abril[16]). Y desde finales de 2023, la Dirección General de Consumo se integra en el Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, dependiendo de la Secretaría General de Consumo y Juego (Reales Decretos 829/2023, de 20 de noviembre[17], y 1009/2023, de 5 de diciembre[18]).

Por tanto, actualmente la Dirección General de Consumo es el órgano estatal al que le corresponde la función de velar por la promoción y la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, y por ello, el ejercicio de la acción de

---

15. Real Decreto 1047/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y se modifica el Real Decreto 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

16. Real Decreto 495/2020, de 28 de abril, por el que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Consumo y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

17. Real Decreto 829/2023, de 20 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

18. Real Decreto 1009/2023, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

cesación en defensa de sus intereses colectivos[19]. No obstante, teniendo en cuenta los posibles cambios futuros en cuanto a los Ministerios y Direcciones Generales con competencia en materia de consumo parece razonable entender la referencia al Instituto Nacional de Consumo como hecha a los órganos o entidades de la Administración General del Estado competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios o a la Dirección General competente en materia de consumo de la Administración General del Estado, que es como se contempla en el Proyecto de Ley de acciones colectivas presentado el 27 de febrero de 2025.

En cuanto a los órganos correspondientes de las CCAA y de las corporaciones locales en materia de defensa de los consumidores, a pesar de lo que dice la norma, hay que entender que, salvo que se trate organismos dotados de personalidad jurídica propia, quien realmente ostenta la legitimación, decidiendo sobre el ejercicio de la acción de cesación, es la Comunidad Autónoma o la corporación local, aunque sean los organismos competentes en materia de defensa de los consumidores los que actúen en juicio[20].

B) Las asociaciones de consumidores y usuarios

El art. 54.1 del TRLCU también otorga legitimación para la acción de cesación específica a las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos del TRLCU o de la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

Las asociaciones de consumidores son organizaciones, constituidas conforme a la legislación sobre asociaciones y sin ánimo de lucro, que tienen como finalidad la defensa de los intereses de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien con carácter general, bien en relación con bienes y servicios determinados (art. 23.1 TRLCU)[21]. Conforme al 24.1 del TRLCU, las úni-

---

19. El art. 7.1 del Real Decreto 209/2024, de 27 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, caracteriza, con carácter general, a la Dirección General de Consumo como el órgano al que corresponde la propuesta de regulación, en el ámbito de las competencias estatales, en materia de protección y promoción de los derechos de las personas consumidoras y usuarias, el establecimiento e impulso de procedimientos eficaces para la protección de los mismos y, en su caso, la sanción que corresponda, la cooperación institucional interterritorial en la materia, el fomento de las asociaciones de personas consumidoras y usuarias y el apoyo al Consejo de Consumidores y Usuarios.
Y el art. 7.2.h) atribuye específicamente a la Dirección General de Consumo, «*la preparación de acciones judiciales en representación de los intereses colectivos de las personas consumidoras, de conformidad con lo previsto en la legislación vigente*».

20. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)», cit., p. 42.

21. Según el art. 23.1.II del TRLCU también son asociaciones de consumidores y usuarios las entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación de cooperativas, que respeten los requisitos básicos exigidos en el

cas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores son las asociaciones de consumidores que cumplan con los requisitos del Título II del Libro I de esta norma, cuando tengan un ámbito estatal o supraautonómico (o bien, lo establecido en cada una de las leyes autonómicas, en otro caso), pudiendo representar sólo los intereses de sus asociados o de la asociación, en caso contrario. Por tanto, sólo aquéllas están legitimadas para el ejercicio de las acciones de cesación.

Uno de estos requisitos es la inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (o, en su caso, en el registro respectivo de cada Comunidad Autónoma), que además acredita el cumplimiento de los requisitos legales exigidos en los arts. 22 a 32 del TRLCU, que son condición indispensable para la inscripción en el registro (art. 33 TRLCU). La exigencia de inscripción registral fue discutida durante la vigencia de la LCU, pero resulta clara con el actual art. 33.1.I del TRLCU[22].

Estos son, en definitiva, los requisitos necesarios para que las asociaciones de consumidores estén legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación. En cambio, debía considerarse ilegal, ya que contradecía lo dispuesto por el art. 24.1 del TRLCU, la distinción que establecía el Real Decreto 825/1990, de 22 de junio[23], que diferenciaba entre asociaciones y cooperativas de consumidores y usuarios, que sólo podían ejercitar acciones en defensa de sus asociados o de la asociación o cooperativa (art. 16.1); y las asociaciones, federaciones, confederaciones y cooperativas representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios, que podían ejercitar acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito territorial y funcional propio (art. 18.1).

C) El Ministerio Fiscal

El art. 54.1 del TRLCU atribuye asimismo el ejercicio de la acción de cesación específica al Ministerio Fiscal.

TRLCU y entre cuyos fines figure, necesariamente, la educación y formación de sus socios, y estén obligadas a constituir un fondo con tal objeto, según su legislación específica.

22. La obligatoriedad de la inscripción también se establece por el art. 9 del Real Decreto 448/2023, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.
Sobre la discusión acerca de la exigencia de la inscripción registral durante la vigencia de la LCU, véase GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)», cit., pp. 35-37.

23. Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus Asociaciones, derogado por la Disposición derogatoria única del Real Decreto 448/2023, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

Conforme a los arts. 124 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, y 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, este órgano tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

Al Ministerio Fiscal se le atribuye la legitimación con respecto a las acciones de cesación como manifestación de su misión de defensa del interés público y social, pues a través de estas acciones, además de los intereses de los consumidores, también se está tutelando el interés público y social implicado en la defensa de los intereses colectivos de aquéllos. Se trata, en definitiva, de un supuesto de legitimación institucional que, al igual que en el caso de la legitimación de la Administración Pública de consumo, viene a manifestar la existencia de un relevante interés público en la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios.

La atribución de legitimación al Ministerio Fiscal para esta acción de cesación, primero en la LCU y posteriormente en el TRLCU, ha sido paralela al reconocimiento de legitimación al Ministerio Fiscal en el art. 11 de la LEC, ya que también fue la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición de la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, la que introdujo en el art. 11 de la LEC un nuevo párrafo 4, confiriendo legitimación al Ministerio Fiscal para la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios (junto a las entidades europeas habilitadas). Finalmente, la Disposición adicional segunda de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de modificación del TRLCU, introdujo un nuevo apartado 5 en el art. 11 de la LEC, en el que se incorporó la legitimación del Ministerio Fiscal para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios (quitando, de modo correlativo, su legitimación para la acción de cesación del apartado 4). Esta atribución de legitimación al Ministerio Fiscal para el ejercicio de cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores le permite el ejercicio acumulado de una acción colectiva indemnizatoria junto a la acción colectiva de cesación[24].

D) Las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea

El art. 54.1 del TRLCU también atribuye legitimación para el ejercicio de la acción de cesación específica a las entidades de otros Estados miembros de la Unión

24. Según COROMINAS BACH, S., la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de ambos tipos de acciones colectivas explicita la intención del legislador de convertir las acciones colectivas en una institución efectiva de tutela de los intereses afectados en los daños masivos (*Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, cit., p. 69).

Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal efecto en el DOUE. Por tanto, dos son los requisitos que se exigen a estas entidades europeas: que tengan como finalidad estatutaria la defensa de tales intereses; y que estén incluidas en la lista publicada en el DOUE.

La legitimación de estas entidades de otros Estados europeos se estableció en el art. 4 de la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, y posteriormente se contemplaba en el art. 4 de la Directiva 2009/22/CE, de 23 de abril de 2009 (que sustituyó a la anterior), y tiene su razón de ser en las particularidades de la litigación internacional que pueden hacer que los efectos de las prácticas de las empresas contrarias a los intereses de los consumidores tengan repercusión en otro Estado miembros, en particular cuando los consumidores afectados por una infracción residan en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que está establecido el empresario que haya cometido la infracción[25]. De hecho, la normativa española no es más que la transposición del art. 4 de la Directiva[26], que presuponía que dichas entidades podían ser organismos públicos u organizaciones privadas (tal y como disponía el art. 3 de la Directiva), y establecía que los Estados miembros comunicarían a la Comisión las entidades habilitadas para ejercitar las acciones de cesación en otro Estado miembro, indicando su denominación y finalidad. Y la Comisión debía elaborar la lista de las entidades habilitadas, precisando su finalidad, publicándose en el DOUE una lista actualizada cada seis meses.

Actualmente, el art. 5.1 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, establece que los Estados miembros comunicarán a la Comisión una lista de las entidades habilitadas para ejercitar acciones transfronterizas de representación, incluidos su nombre y su finalidad estatutaria, y publicarán la lista. Por su parte, la Comisión compilará y publicará una lista de dichas entidades habilitadas, actualizándola cada vez que se le comuniquen modificaciones en las listas de entidades habilitadas de los Estados miembros.

En términos similares al art. 6.3 de la Directiva (UE) 2020/1828, el art. 54.1 del TRLCU precisa que los tribunales españoles aceptarán la lista del DOUE como prueba de la capacidad para ser parte de la entidad de otro Estado miembro,

---

25. A este respecto, resulta ilustrativo el Considerando 20 de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

26. La transposición de la Directiva 98/27/CE, de 19 mayo de 1998, supuso igualmente la introducción de un nuevo punto 8º en el art. 6.1 de la LEC, atribuyendo capacidad para ser parte a las entidades habilitadas conforme a la normativa europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Y correlativamente, se añadió un nuevo párrafo 4 al artículo 11 de la LEC, concediendo a estas entidades europeas legitimación para el ejercicio de dicha acción de cesación.

sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción. Quedando acreditada la capacidad para ser parte de la entidad europea mediante su inclusión en la lista del DOUE, su legitimación dependerá de que la acción ejercitada resulte adecuada a la finalidad de la entidad, lo cual es fácilmente comprobable ya que la lista de las entidades habilitadas incluye, como hemos visto, su finalidad estatutaria. Además, debería existir un vínculo entre la nacionalidad de la entidad demandante y la de los consumidores afectados o el Estado en el que ha producido daños la conducta del empresario[27].

2.2. Las especialidades en cuanto a la legitimación para la acción de cesación genérica

Como hemos adelantado, el régimen establecido en el art. 54.3 del TRLCU para el ejercicio de la acción de cesación genérica, otorga la legitimación, con carácter general, a las mismas entidades: las asociaciones de consumidores y usuarios, a través de la remisión al art. 11 de la LEC; el Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las CCAA y las corporaciones locales; y el Ministerio Fiscal. Sin embargo, este régimen presenta algunas diferencias relevantes, derivadas de la remisión realizada exclusivamente a los apartados 2 y 3 del art. 11 de la LEC, y no al resto del precepto.

Ello determina, en primer lugar, que las entidades de otros Estados miembros no tienen legitimación para la acción de cesación genérica, ya que están contempladas en el apartado 4 del art. 11 de la LEC, al que no se remite el art. 54.3 del TRLCU.

En segundo lugar, tienen legitimación para el ejercicio de la acción de cesación genérica los grupos de consumidores afectados, en virtud del art. 11.2 de la LEC y conforme a los requisitos del propio precepto. El art. 11.2 reconoce legitimación para la defensa de sus intereses colectivos a los grupos de consumidores perjudicados por un hecho dañoso cuyos componentes estés perfectamente determinados o sean fácilmente determinables (además de a las asociaciones de consumidores y usuarios y a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa y protección de éstos). Y tendrán capacidad para ser parte y demandar en juicio cuando el grupo se constituya con la mayoría de los afectados (art. 6.1.7ª LEC), compareciendo en juicio por el grupo de afectados las personas que, de hecho o en virtud de pactos del grupo, actúen en su nombre frente a terceros (art. 7.7 LEC)[28].

---

27. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)», cit., p. 47.

28. De modo correlativo, el art. 256.1.6º de la LEC contempla una diligencia preliminar aplicable en estos casos para identificar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables.

Por último, conforme al art. 11.3 de la LEC, se restringe la legitimación para la acción de cesación genérica en defensa de los intereses difusos de los consumidores: cuando los perjudicados por un hecho dañosos sean una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación, la legitimación corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que sean representativas conforme a la ley. A este respecto, nos aclara el art. 24.2 del TRLCU que tienen la consideración legal de asociaciones de consumidores representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica.

2.3. La intervención procesal de las entidades legitimadas

El art. 54.2 del TRLCU prevé que todas las entidades legitimadas en el art. 54.1 podrán personarse en los procesos promovidos por cualquiera de ellas. Se trata de completar los mecanismos de tutela previstos con respecto al ejercicio de la acción de cesación, pues permite al resto de legitimados intervenir en el proceso y sostener la acción de cesación, si entienden que la entidad que es la demandante inicial no está defendiendo adecuadamente los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios[29]. En realidad, son supuestos de intervención adhesiva litisconsorcial del art. 13 de la LEC, pero en el caso del art. 54.2 la intervención es automática y, por tanto, no está condicionada a la acreditación de un interés directo y legitimo (que, por definición, tiene quien está legitimado para la acción de cesación), ni pueden oponerse las partes personadas.

Además, aunque el art. 54.2 sólo contemple la personación de los legitimados en el art. 54.1 para la acción de cesación específica, la misma regla debe aplicarse también a los legitimados en el art. 54.3, puesto que las mismas razones justifican su intervención en el supuesto de la acción de cesación genérica.

De modo coherente con ello, el art. 15.4 de la LEC excluye las reglas de publicidad e intervención de los consumidores perjudicados cuando se ejercite una acción de cesación, de modo que en estos procesos no habrá comunicación previa del propósito de presentar la demanda, ni se realizará su llamamiento mediante la publicación de la admisión de la demanda[30]. La reforma legal que

---

29. Como el ejercicio de la acción de cesación por cualquiera de los legitimados agota la acción, la intervención de otro legitimado provocará una especie de litisconsorcio cuasi-necesario sobrevenido. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)», cit., p. 55.

30. Considera BUSTO LAGO, J. M. que la excepción del art. 15.4 de la LEC sólo se aplica cuando la acción de cesación se ejercite de modo único, mientras que si se ejercita acumuladamente con una acción de restitución o una indemnizatoria sí deberá realizarse la publicidad y permitir la intervención de los consumidores perjudicados («Comentario al art. 54», cit., p. 700).

introdujo esta excepción la justificó por la finalidad de garantizar la rapidez de los procesos en que se ejercitasen acciones de cesación[31], pero el verdadero fundamento es que la acción de cesación es una acción colectiva, que no tutela intereses individuales, sino intereses de carácter supraindividual[32], y precisamente por ello no se permite la intervención de consumidores a título individual en el proceso.

2.4. Entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de cesación en otros Estados miembros de la Unión Europea

El art. 55 del TRLCU se refiere al ejercicio de acciones de cesación, por entidades españolas, en otros Estados miembros de la Unión Europea[33]. Se trata de la situación simétrica a la prevista en el art. 54.1 d) del TRLCU, que confiere legitimación en España para el ejercicio de la acción de cesación a las entidades de otros Estados miembros de la Unión constituidas para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Puede llamar la atención que el TRLCU establezca cuáles son las entidades españolas, públicas y privadas, encargadas de la defensa de los consumidores y usuarios, que pueden ejercitar acciones de cesación en otros Estados miembros de la Unión, ya que la legitimación es una cuestión que regula cada Estado. Sin embargo, esta es una cuestión que ha sido armonizada, primero por las Directivas 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, y 2009/22/CE, de 23 de abril de 2009, y actualmente, por la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, cuyo art. 6.3 establece que «*los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas aceptarán la lista mencionada en el artículo 5, apartado 1* (de entidades habilitadas por cada Estado miembro para el ejercicio de acciones de representación transfronterizas, compilada y publicada por la Comisión)*, como prueba de la legitimación procesal de la entidad habilitada para ejercitar acciones de representación transfronteriza, sin perjuicio del derecho del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa a examinar si la finalidad estatutaria de la entidad habilitada justifica que ejercite la acción en un caso* concreto».

A estos efectos, el art. 55.1 del TRLCU habilita a los órganos o entidades de la Administración General del Estado competentes en materia de defensa de los consumidores o la Dirección General competente en materia de consumo de la Administración General del Estado (que es como debe entenderse actualmente la referencia al Instituto Nacional de Consumo) y a los órganos y entidades

---

31. Cfr. el apartado II de la Exposición de motivos de la Ley 39/2002, de 28 de octubre.

32. Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., «Comentario al art. 54», cit., p. 445.

33. Véase sobre este precepto, DOMÍNGUEZ RUIZ, L., «Comentario al art. 55», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Cañizares Laso, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, tomo I, pp. 757-765.

correspondientes de las CCAA y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

Por su parte, el art. 55.2 habilita a las asociaciones de consumidores y usuarios presentes en el Consejo de Consumidores y Usuarios. Según el art. 38.1 del TRLCU, el Consejo de Consumidores y Usuarios es el órgano nacional de consulta y representación institucional de los consumidores y usuarios a través de sus organizaciones, e integrará a las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico que, atendiendo a su implantación territorial, número de socios, trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios y programas de actividades a desarrollar, sean más representativas. Tratándose del ejercicio de acciones de cesación en otros Estados de la Unión Europea, se ha querido restringir la legitimación de las asociaciones de consumidores a aquellas que sean especialmente representativas, atendiendo tanto a su ámbito supraautónomico como a la amplitud de su implantación territorial, número de socios, trayectoria y actividades.

Para poder ejercitar acciones de cesación en otros Estados miembros de la Unión, tanto las entidades públicas como privadas deben haber sido incluidas previamente en la lista publicada en el DOUE a tal efecto, estableciendo el art. 55 un procedimiento ligeramente distinto para cada supuesto. En el caso de los órganos públicos estatales, autonómicos o locales, éstos deben solicitar su inclusión al Ministerio de Justicia, quien notificará a la Comisión Europea su denominación y finalidad, para su publicación en el DOUE, y posteriormente trasladará esa notificación a la Dirección General competente en materia de consumo. En cambio, las asociaciones de consumidores y usuarios deben solicitar su incorporación a la lista a la Dirección General con competencia en materia de consumo, quien a su vez lo trasladará al Ministerio de Justicia para la notificación a la Comisión de su denominación y finalidad. La diferencia de procedimiento no parece relevante, pues la incorporación de las entidades públicas sólo requiere la solicitud al Ministerio de Justicia, y no parece que la Dirección General competente en materia de consumo pueda denegar las solicitudes de las asociaciones de consumidores y usuarios, dado el alto nivel de representatividad que les otorga su pertenencia al Consejo de Consumidores y Usuarios.

3. Carácter imprescriptible de la acción de cesación

El art. 56 del TRLCU establece el carácter imprescriptible de las acciones cesación previstas en este texto legal, es decir, tanto de la acción de cesación específica como la genérica, previstas respectivamente en el art. 54.1 y en el

art. 54.3[34]. Esta es la regla general aplicable a la acción de cesación prevista para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, que sólo cede ante reglas especiales establecidas en otros cuerpos legales, como el propio art. 56 prevé con respecto a la Ley sobre condiciones generales de la contratación.

Con esta regla de imprescriptibilidad de la acción de cesación se da prevalencia a la tutela de los intereses colectivos de los consumidores sobre la tutela de sus derechos individuales, ya que mientras las acciones individuales prescriben no lo hace la acción colectiva de cesación, ni la prescripción de la acción individual impide el ejercicio de la acción colectiva, incluso aunque se funden en los mismos hechos[35].

El art. 56 contempla una excepción a la regla de imprescriptibilidad, referida a las condiciones generales inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, por remisión al art. 19.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Partiendo de la imprescriptibilidad, con carácter general, de las acciones colectivas de cesación y retractación (art. 19.1), el art. 19.2 establece, como excepción que, si las condiciones generales han sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, dichas acciones prescribirán a los cinco años, computados a partir del día del depósito, siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva[36].

La excepción es clara y requiere como presupuesto, además de los requisitos del propio art. 19.2, que se trate de una acción de cesación referida a una de las materias contempladas en el TRLCU; y que la infracción de los intereses colectivos de los consumidores se produzca precisamente mediante la utilización de condiciones generales de la contratación[37]. Esta excepción a la imprescriptibilidad de la acción de cesación supone un incentivo para que los empre-

---

34. Véase sobre este precepto, DOMÍNGUEZ RUIZ, L., «Comentario al art. 56», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Cañizares Laso, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, tomo I, pp. 767-772.

35. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)», cit., p. 21.

36. El art. 19.3 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación dispone que las acciones de cesación y retractación podrán ser ejercitadas en todo caso durante los cinco años siguientes a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de una acción individual.
Por su parte el art. 35 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal establece que las acciones de competencia desleal que regula prescriben al año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta. Pero salva expresamente a las acciones de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, que se rigen por el art. 56 del TRLCU.

37. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)», cit., p. 22. En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ RUIZ, L., «Comentario al art. 56», cit., pp. 770-771.

sarios y profesionales procedan al depósito de las condiciones generales de la contratación en el Registro, que, con carácter general, es potestativo[38].

III. Las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores en la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020. El nuevo sistema de legitimación activa

Como ya hemos adelantado, la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, deroga esta última con efectos a partir del 25 de junio de 2023, fecha desde la cual se aplicarán las disposiciones nacionales de transposición de la nueva Directiva, teniendo de plazo los Estados miembros para adoptar y publicar las mismas hasta el 25 de diciembre de 2022 (arts. 21 y 24).

La Directiva (UE) 2020/1828 establece el marco europeo de las acciones de representación (que es como denomina a las acciones colectivas), que son aquellas dirigidas a la protección de los intereses colectivos de los consumidores, pudiéndose solicitar medidas de cesación o medidas resarcitorias, o ambas conjuntamente. En cuanto a la legitimación activa[39], con respecto a las acciones de representación transfronterizas, se persigue que estas acciones sólo puedan ser ejercitadas por entidades que sean verdaderamente representativas (no cabe la legitimación individual), no bastando para ello con que su finalidad esté dirigida a defender los intereses de los consumidores, sino que se les exige un elevado grado de consolidación, independencia, solvencia económica y transparencia.

El sistema descansa sobre la existencia de entidades habilitadas por los Estados miembros para el ejercicio de las acciones de representación, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos que establece la Directiva (UE) 2020/1828. No obstante, estos requisitos sólo se exigen a las entidades habilitadas para el ejercicio de las acciones de representación transfronterizas, te-

---

38. Cfr. BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al art. 56», en *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Bercovitz Rodríguez-Cano, coord..), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, p. 720; DOMÍNGUEZ RUIZ, L., «Comentario al art. 56», cit., p. 770.

39. Sobre la legitimación en la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, véase GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), vol. 12, núm. 2, pp. 1299 y ss.; AGUILERA MORALES, M., «Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 78-79, abril-septiembre 2021, pp. 109 y ss.

niendo libertad los Estados miembros en cuanto a los requisitos exigidos para la habilitación con respecto a las acciones de representación nacionales y a su control[40], aunque pueden decidir que los requisitos de habilitación para las acciones transfronterizas se apliquen también a las nacionales (art. 4.5). Las entidades habilitadas pueden ser designadas por los Estados miembros para ejercitar acciones de representación nacionales o transfronterizas, o ambas, pero la Directiva sólo obliga a que cada Estado miembro tenga, al menos, un mecanismo procesal acorde a la misma (art. 1.2), de manera que la habilitación de las entidades para las acciones transfronterizas siempre se realice conforme a la Directiva (UE) 2020/1828, por lo que las entidades habilitadas para estas acciones cumplirán los mismos requisitos en toda la Unión Europea.

En definitiva, este nuevo sistema sustituye al establecido por la Directiva 2009/22/CE, de 23 de abril de 2009 (y anteriormente, por la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998), incorporando las acciones resarcitorias, junto a las de cesación (la Directiva se refiere a medidas, tanto de cesación como resarcitorias), y endureciendo el régimen para las entidades habilitadas, aunque, en principio, sólo con respecto a las designadas para las acciones transfronterizas. Por lo demás, el concepto de acción de representación transfronteriza tiene un significado específico en la Directiva (UE) 2020/1828[41]: aquella ejercitada en un Estado miembro distinto del Estado en el que la entidad habilitada haya sido designada (art. 3.7); mientras que estaremos ante una acción de representación nacional cuando ésta se ejercite en el mismo Estado en el que la entidad habilitada haya sido designada (art. 3.6)[42].

En cuanto al tipo de entidades que pueden ser designadas para ejercitar acciones de representación, éstas pueden ser entidades privadas (por contraposición a los organismos públicos), como las organizaciones de consumidores, incluidas las organizaciones que representen a consumidores de más de un Estado miembro, tanto para el ejercicio de acciones de representación nacionales o transfronterizas, o ambas (art. 4.2). Y también puede designarse a organismos públicos, que asimismo podrán ejercitar acciones de representación nacionales y

---

40. Lo único que exige el art. 4.4 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, es que los criterios para designar como entidad habilitada para ejercitar acciones de representación nacionales sean conformes con los objetivos de la Directiva, para que su funcionamiento sea eficaz y eficiente.

41. Frente al concepto genérico de *infracciones intracomunitarias* del art. 4 de las Directivas 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, y 2009/22/CE, de 23 de abril de 2009.

42. Por tanto, el criterio que determina el carácter nacional o transfronterizo de una acción de representación es que se ejercite por una entidad habilitada en el mismo Estado miembro en el que ha sido designada o en otro Estado miembro distinto. Por tanto, si se ejercita en el Estado miembro en el que ha sido designada será una acción de representación nacional, aun cuando se ejercite frente a un empresario domiciliado en otro Estado miembro o mediante dicha acción se represente a consumidores de varios Estados miembros [Considerando 23 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020].

transfronterizas, sin que en este segundo caso se les exijan los requisitos que veremos a continuación[43], y pudiendo disponer los Estados miembros que los organismos públicos ya designados conforme a la Directiva 2009/22/CE conserven dicha designación (art. 4.7). Por último, cabe designar a una entidad con carácter *ad hoc* para ejercitar una determinada acción de representación, pero sólo para acciones nacionales, nunca transfronterizas (art. 4.6)[44].

El art. 4.3 de la Directiva (UE) 2020/1828 establece los requisitos para que una entidad privada, en particular, las organizaciones de consumidores, pueda ser designada para ejercitar acciones de representación transfronterizas, debiendo cumplirse todos por la entidad habilitada:

a) Ser persona jurídica constituida de conformidad con el Derecho del Estado miembro de su designación y haber desempeñado de manera efectiva y pública una actividad de doce meses en el ámbito de protección de los consumidores antes de su solicitud de designación.
b) Tener una finalidad estatutaria que demuestre un interés legítimo en proteger los intereses de los consumidores.
c) Ser una entidad sin ánimo de lucro.
d) No estar incursa en un procedimiento de insolvencia ni haber sido declarada insolvente.
e) Ser independiente y no estar influida por personas distintas de los consumidores, en particular, por empresarios que tengan un interés económico en el ejercicio de cualquier acción de representación, o por terceros que las financien; y haber establecido procedimientos para evitarlo y evitar conflictos de intereses entre la propia entidad, sus financiadores y los intereses de los consumidores.
f) Hacer pública en términos claros y comprensibles, por cualquier medio adecuado y en particular en su sitio web, información que demuestre el cumplimiento de los requisitos anteriores, así como sobre sus fuentes de financiación, estructura organizativa, gestión y composición, finalidad estatutaria y actividades.

El art. 5 de la Directiva (UE) 2020/1828 establece también medidas de información y supervisión aplicables a las entidades designadas para el ejercicio de acciones de representación transfronterizas. Así, los Estados miembros deben comunicar a la Comisión una lista con las entidades designadas para el ejercicio

43. Cfr. AGUILERA MORALES, M., «Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828», cit., p. 109.

44. Aunque la propia Directiva reconoce que la misma no debería incentivar a los Estados miembros a introducir la posibilidad de designar a entidades habilitadas con carácter *ad hoc* [Considerando 28 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020].

de las acciones transfronterizas, con su nombre y su finalidad estatutaria, con plazo hasta el 26 de diciembre de 2023, debiendo notificar cualquier cambio en la lista. Por su parte, la Comisión publicará la lista de las entidades habilitadas y la mantendrá actualizada, sin perjuicio de la obligación de los Estados de publicar sus listas (art. 5.1)[45]. Además, los Estados miembros supervisarán a las entidades designadas para las acciones transfronterizas, comprobando al menos cada cinco años que siguen cumpliendo los requisitos exigidos y revocando su habilitación en caso contrario (art. 5.3). El control sobre las entidades habilitadas para las acciones transfronterizas puede realizarse asimismo a instancia de otros Estados miembros o de la propia Comisión, y también puede suscitarlo el empresario demandado ante el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa (art. 5.4)[46]. En cuanto a las acciones de representación nacionales, el art. 5.2 únicamente impone a los Estados miembros la obligación de velar por que se haga pública la información sobre las entidades habilitadas.

Con respecto al ejercicio de las acciones de representación transfronterizas, los Estados miembros deben velar por que las entidades habilitadas en otro Estado miembro puedan ejercitar dichas acciones ante sus propios órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas (art. 6.1). Además, cuando una infracción afecte a consumidores de diversos Estados miembros, debe ser posible presentar una única acción de representación por varias entidades habilitadas de distintos Estados miembros, con el fin de proteger los intereses colectivos de consumidores de distintos Estados miembros (art. 6.2). Y del mismo modo que bajo el régimen de la Directiva 2009/22/CE, de 22 de abril de 2009, los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas aceptarán la lista publicada por la Comisión como prueba de la legitimación procesal[47] de la entidad habilitada para ejercitar acciones de representación transfronterizas, sin perjuicio del derecho del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa de exami-

---

45. El art 13.1 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, dispone que los Estados miembros establecerán normas que garanticen que las entidades habilitadas faciliten, en particular en su sitio web, información sobre las acciones de representación que hayan decidido ejercitar, la situación de las mismas y su resultado. Y el art 14.1 señala que los Estados miembros podrán crear bases de datos electrónicas nacionales de acceso público a través de sitios web, que proporcionen información sobre entidades habilitadas con antelación para ejercitar acciones de representación nacionales y transfronterizas, así como información sobre las acciones de representación en curso y concluidas. Por su parte, la Comisión creará y mantendrá una base de datos electrónica, para todas las comunicaciones entre los Estados miembros y la Comisión y para la comunicación entre las entidades habilitadas (art. 14.3).

46. El art. 10 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, establece un control especial que afecta a la financiación de las acciones de representación para obtener medidas resarcitorias, que pretende evitar que en estos casos la financiación por parte de un tercero pueda enmascarar un ejercicio abusivo o fraudulento de la acción, si el tercero financiador tiene un interés económico en el ejercicio de la acción o en el resultado del pleito. Cfr. al respecto, GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», cit., pp. 1303-1304; PLANCHADELL GARGALLO, A., «*Collective redress*: acceso a la justicia y representación de los miembros del grupo», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 5, 2022, pp. 273-306.

47. De capacidad jurídica o de capacidad para ser parte hablan, respectivamente, los arts. 4.1 de la Directiva 2009/22/CE, de 22 de abril de 2009, y 54.1 del TRLCU.

nar si la finalidad estatutaria de la entidad habilitada justifica el ejercicio de la acción en el caso concreto (art. 6.3).

IV. La acción colectiva de cesación en el Proyecto de Ley de acciones colectivas de 2025

1. Características generales del nuevo procedimiento para el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los consumidores

En un principio, el Gobierno introdujo las previsiones normativas de transposición de la Directiva (UE) 2020/1828, 25 de noviembre de 2020, 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*[48]. En lo sustancial, se preveía la incorporación de un nuevo Título IV en el libro IV de la LEC, que contenía la regulación completa de los procesos para el ejercicio de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (introduciendo los *nuevos* arts. 828-885 en la LEC). Y la reforma del TRLCU, modificando los arts. 24, 25, 37 y 46; y sustituyendo los arts. 53 a 56 de esta norma por unos *nuevos* arts. 53 a 56 quinquies, que contenían la regulación de la legitimación de las acciones colectivas de cesación y resarcitorias, y los procedimientos para la designación de las asociaciones de consumidores y usuarios como entidades habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas nacionales o transfronterizas, y para la revocación de la designación y la evaluación de las entidades habilitadas[49].

---

48. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie A: proyectos de ley, n.º 16-1, de 22 de marzo de 2024.

49. Sobre las propuestas para la transposición en España de la Directiva (UE) 2020/1828, 25 de noviembre de 2020, contenidas tanto en el *Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores*, de 20 de diciembre de 2022; como 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* de 2024, pueden verse, GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y Derecho europeo: el impacto de la Directiva 2020/1828 sobre el sistema procesal español», en *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa* (Gascón Inchausti y Peiteado Mariscal, dirs.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 699-747; «Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en Derecho español: retos en la transposición de la Directiva 2020/1828», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (Romero Pradas, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 693-727; «Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores», en *Almacén de Derecho*, 17 de febrero de 2023: https://almacendederecho.org/algunas-claves-del-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representación-de-los-intereses-colectivos-de-los-consumidores; MORENO GARCÍA, L., «La tutela colectiva de los consumidores de la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 327, enero-marzo 2023; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La desvinculación en las acciones de representación (*opt out*) y el derecho a la tutela judicial efectiva», *Diario La Ley*, núm. 10282, 9 de mayo de 2023; *La vinculación de los consumidores a la acción de representación. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, 20 de junio de 2023, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2023; ARMENGOT VILAPLANA, A., «Reflexiones en torno a la futura adaptación de la Directiva (UE) 2020/1828 en materia de acciones de representa-

Pero la falta de apoyo parlamentario a la reforma de las acciones colectivas hizo que ésta se *cayera* del Proyecto de Ley Orgánica, de manera que no se incluye en el texto finalmente aprobado de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. En efecto, en su dictamen del Proyecto de Ley Orgánica, de 4 de noviembre de 2024, la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados excluyó del Proyecto la regulación de las acciones colectivas[50]. Según las informaciones que se han manejado[51], el PSOE aceptó retirar la reforma de las acciones colectivas ante la falta de apoyo parlamentario suficiente, ya que PP, Junts y ERC se oponían a la misma, pidiendo estos dos últimos partidos tramitar esta reforma de manera separada en un Proyecto de ley *ad hoc*. También la patronal CEOE se opuso al modelo establecido de acciones colectivas resarcitorias, basado en el sistema *opt-out*, en el que, salvo excepciones, los consumidores quedan incorporados y afectados por el proceso colectivo, a no ser que manifiesten su voluntad expresa de desvincularse de la acción colectiva resarcitoria (frente al modelo *opt-in*, en el que los consumidores no quedan vinculados por la acción colectiva resarcitoria, salvo que lo pidan expresamente). Incluso organizaciones de consumidores, como FACUA, criticaron la regulación propuesta, por permitir la financiación de las acciones resarcitorias por terceros, sosteniendo ERC la necesidad de planear fórmulas de financiación pública de los procesos colectivos, particularmente a las asociaciones de consumidores y usuarios[52].

---

ción», en *El proceso como garantía* (Asencio Mellado y Fuentes Soriano, dirs.), Atelier, Barcelona, 2023, pp. 153-164; «La armonización de las acciones colectivas: una tarea pendiente», en *Hacia un Derecho Procesal Europeo* (Arangüena Fanego y De Hoyos Sancho, dirs.), Atelier, Barcelona, 2024, pp. 695-725; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Armonización europea de la tutela colectiva de personas consumidoras y usuarias: la proyectada transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2020/1828 sobre acciones de representación», en *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea* (Romero Pradas, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 145-188; MARTÍN PASTOR, J., «La relación entre las acciones colectivas y las acciones individuales de los consumidores y usuarios: regulación vigente y propuestas de reforma», en *La eficiencia de la justicia a debate* (Jiménez Conde y López Simó, dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 289-298.

50. Puede verse el Informe de la Ponencia sobre el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie A: proyectos de ley, n.º 16-4, de 11 de noviembre de 2024. Y el Dictamen de la Comisión de Justicia, en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie A: proyectos de ley, n.º 16-5, de 19 de noviembre de 2024.

51. https://www.democrata.es/politicas/el-psoe-estudia-retirar-la-trasposicion-de-acciones-colectivas-de-la-reforma-de-eficiencia-judicial/

52. A este respecto, el art. 20 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, dispone que los Estado miembros adoptarán medidas para garantizar que las costas procesales de las acciones de representación no impidan a las entidades habilitadas ejercitar acciones de representación solicitando medidas de cesación y resarcitorias (art. 20.1). Estas medidas podrán consistir, por ejemplo, en financiación pública, incluido un apoyo estructural a las entidades habilitadas, la limitación de tasas judiciales o administrativas aplicables, o el acceso a la asistencia jurídica gratuita (art. 20.2). Y los Estados miembros podrán establecer normas que permitan a las entidades habilitadas exigir a aquellos consumidores que hayan manifestado expresamente su voluntad de ser representados por una entidad habilitada en una determinada acción de representación para exigir medidas resarcitorias una tarifa modesta (art. 20.3). No obstante, señala el Considerando 70 que no debe exigirse a los Estados miembros que financien las acciones de representación.

Una vez decaído el régimen previsto para transponer la Directiva (UE) 2020/1828, el Gobierno debía presentar, de modo urgente (puesto que el plazo de transposición está cumplido ya en más de dos años y medio, a la hora de escribir este trabajo), un Proyecto de ley específico para regular las acciones colectivas. Y así ha sido, pues el Gobierno ha presentado, el 27 de febrero de 2025, un nuevo *Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios*[53], que es idéntico al anterior en cuanto al régimen de las acciones colectivas[54].

Al igual que el Proyecto de 2024, el Proyecto de Ley de 2025 introduce en la LEC un nuevo procedimiento especial para tramitar las acciones colectivas, regulado en los *nuevos* arts. 828 a 885 (incorporando un nuevo Título IV en el Libro IV), aplicable a las acciones colectivas de cesación y resarcitorias. Con ello, se pretende establecer un «*procedimiento judicial ágil y efectivo para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios*»[55], reformando distintas leyes sectoriales para remitir a este procedimiento en cuanto al ejercicio de las acciones colectivas de cesación y resarcitorias[56]. En realidad, se trata de dos procedimientos especiales, uno para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación; y otro, para el ejercicio de las acciones colectivas resarcitorias.

No obstante, el Proyecto de Ley de 2025 (igual que el de 2024) establece una serie de disposiciones comunes a ambos tipos de procesos en los *nuevos* arts. 828 a 839 de la LEC, de los que daremos cuenta brevemente a continuación, con excepción de la legitimación activa, que abordaremos de manera específica en el epígrafe siguiente.

Siguiendo las disposiciones de la Directiva (UE) 2020/1828, son acciones colectivas nacionales las ejercitadas ante un tribunal español por una entidad habilitada en España, y son acciones colectivas transfronterizas las ejercitadas ante un tribunal español por una entidad habilitada en otro Estado miembro de la Unión Europea (*nuevo* art. 829.2 LEC). Las acciones colectivas de cesación y resarcitorias relativas a la misma conducta infractora pueden ejercitarse en un mismo proceso y a través de una sola demanda, regulando el *nuevo* art. 833

53. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie A: proyectos de ley, n.º 48-1, de 14 de marzo de 2025.

54. Con la salvedad de la reforma del art. 477 de la LEC, para declarar recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en procesos sobre acciones colectivas, que se hacía correctamente en el Proyecto de Ley de 2024 y de manera errónea en el Proyecto de Ley de 2025.

55. Apartado IV de la Exposición de motivos del Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios de 2025.

56. Así se hace en las Disposiciones finales primera a décima del Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios de 2025.

de la LEC la pluralidad de acciones colectivas, con las reglas de acumulación de acciones y procesos. Por su parte, el *nuevo* art. 832, dispone que el ejercicio de una acción colectiva (de cesación o resarcitoria) suspende los plazos de prescripción de las acciones resarcitorias individuales, plazo que volverá a transcurrir a partir del momento en que se exprese la voluntad de desvincularse de la acción y del resultado del proceso.

En aras de establecer una regulación clara, el *nuevo* art. 834 atribuye la competencia objetiva para los procesos en que se ejerciten acciones colectivas para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios a los Juzgados de Primera Instancia[57], con independencia de la materia sobre la que versen. La *nueva* regulación apuesta por tribunales especializados, acordando el Consejo General del Poder Judicial que uno o varios Juzgados de Primera Instancia de la misma provincia asuman en exclusiva los procesos en que se ejerciten acciones colectivas. En cuanto a la competencia territorial, sin perjuicio de las normas de la Unión Europea o convencionales que regulen la materia, la misma se atribuye al tribunal del lugar donde el demandado tenga su domicilio y, a falta de éste, un establecimiento; si careciese de domicilio y de establecimiento en territorio español, será territorialmente competente el tribunal del lugar donde se haya realizado o haya producido o pudiera producir sus efectos la conducta infractora, a elección del demandante.

Siguiendo con estas disposiciones comunes, el *nuevo* art. 837 regula la publicidad de las acciones colectivas, disponiendo que la publicidad y la difusión del carácter público y gratuito de las acciones colectivas de cesación y resarcimiento y de los acuerdos resarcitorios tendrá lugar a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación y de Acciones Colectivas, y estableciendo la información, demandas y resoluciones que deben inscribirse en el mismo. El *nuevo* art. 838 refuerza la posición de los demandantes, extendiendo, con los ajustes necesarios, a las acciones colectivas el régimen de acceso a las fuentes de prueba en los procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia (arts. 283 bis a y siguientes LEC)[58]. Y en cuanto a la renuncia y el desistimiento, el *nuevo* art. 839 remite a las reglas generales de la LEC, con una norma especial en cuanto a las costas en casos de desistimiento, según la cual el tribunal resolverá sobre las costas en función de las razones aducidas por la entidad demandante.

---

57. Sección Civil del Tribunal de Instancia, conforme a los arts. 84 y 85 de la LOPJ, tras su reforma por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

58. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores», cit.

2. La legitimación activa

Del mismo modo que en la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, la regulación de la legitimación activa en el Proyecto de Ley de 2025 (igual que el de 2024) es común para las acciones colectivas de cesación y las acciones colectivas resarcitorias. Para estudiar las previsiones en cuanto la legitimación activa hay que partir de los *nuevos* arts. 835 y 836 de la LEC, que establecen, respectivamente, las reglas generales en cuanto a la legitimación activa y el régimen de su tratamiento procesal o control en el proceso, a instancia de parte. Por su parte, los *nuevos* arts. 53 a 56 quinquies del TRLCU completan las reglas de legitimación activa, trasladando a la normativa nacional los requisitos establecidos en la Directiva (UE) 2020/1828 para la designación como entidad habilitada para ejercitar acciones de representación transfronterizas (art. 4 de la Directiva 2020/1828), que se aplican asimismo a las acciones colectivas nacionales. Y también concretan el régimen de información y supervisión de las entidades habilitadas previsto por la Directiva (art. 5 de la Directiva 2020/1828). A tal efecto, se establece el procedimiento para la designación de asociaciones de consumidores y usuarios como entidades habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas nacionales o transfronterizas, y para la revocación de la designación y la evaluación de las asociaciones de consumidores y usuarios como entidades habilitadas.

El *nuevo* art. 835 de la LEC otorga legitimación activa, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, tanto al Ministerio Fiscal como a las entidades habilitadas conforme al TRLCU (art. 835.1). Igualmente están legitimadas las entidades habilitadas designadas en otros Estados miembros de la Unión Europea para el ejercicio de acciones colectivas transfronterizas y que figuren en la lista publicada por la Comisión Europea[59], aceptando el tribunal dicha lista como prueba de su habilitación, sin perjuicio de examinar si la finalidad estatutaria de la entidad y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción en el caso concreto (art. 835.2)[60]. Además, una misma acción colectiva puede ser ejercitada conjuntamente por varias entidades habilitadas, con independencia del Estado miembro en que hayan sido designadas (art. 835.3)[61]. Por último, se establece una regla de intervención procesal similar a la del actual art. 54.2 del TRLCU, referida únicamente a las acciones colectivas de cesación, de manera que el Ministerio Fiscal y el resto de entidades legitimadas activamente en el

59. Transponiendo el art. 6.1 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020.

60. Transponiendo el art. 6.3 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020.

61. Transponiendo el art. 6.2 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020.
En dicho caso, las entidades habilitadas contribuirán a los gastos del proceso por partes iguales, salvo que hayan acordado un reparto distinto o el tribunal, de manera razonada, acuerde una distribución diferente.

propio art. 835 podrán personarse en los procesos promovidos por cualquiera de ellas en ejercicio de una acción colectiva de cesación, aunque añadiendo acertadamente que el tribunal podrá rechazar de forma motivada la intervención si, por el momento en que se produzca, resulta perjudicial para el buen desarrollo del proceso (art. 835.4).

Por su parte, el *nuevo* art. 836 de la LEC establece el control de la legitimación activa a instancia de parte[62]. Así, señala que el empresario o profesional demandado podrá plantear que la entidad demandante no cumple con las exigencias establecidas para su designación como entidad habilitada, dentro de los veinte días siguientes a la notificación de la demanda o tan pronto como conozca los hechos en que se funde su objeción, si sólo pudo conocerlos con posterioridad, acompañando un principio de prueba (art. 836.1). Si la acción colectiva ejercitada es transfronteriza, será la autoridad competente del Estado miembro que la hubiera designado quien decida sobre el cumplimiento de los requisitos de designación, siempre que el tribunal, por considerar que la objeción formulada puede estar fundada, admita su tramitación (art. 836.2). Por el contrario, tratándose de una acción colectiva nacional, el tribunal, si admite su tramitación por considerar que puede estar fundada la objeción formulada, resolverá la cuestión, previo informe de la autoridad competente para la designación, en la audiencia de certificación del art. 846 o, si esto ya no resulta posible, por el cauce de los incidentes de previo pronunciamiento. Tanto en el caso de acciones colectivas transfronterizas como nacionales, la constatación de la ausencia de los requisitos de designación supondrá la exclusión del proceso de la entidad afectada y, por ende, el sobreseimiento del proceso, salvo que estuviese personada como demandante otra entidad habilitada. Cuando se trate de acciones colectivas nacionales, el letrado de la Administración de Justicia trasladará el auto de sobreseimiento o de exclusión, en su caso, a la autoridad competente para la designación, a los efectos del inicio del procedimiento de revocación de la condición de entidad habilitada, conforme al *nuevo* art. 56 quáter.3 del TRLCU (art. 836.3).

Las reglas de legitimación activa para las acciones colectivas en defensa de los consumidores y usuarios se completan con las previsiones del *nuevo* art. 54 del TRLCU, que considera entidades habilitadas para el ejercicio de las acciones colectivas a:

a) Las asociaciones de consumidores y usuarios habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas, nacionales o transfronterizas.

---

62. Transponiendo e implementando el art. 5.4 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020.

b) Los órganos o entidades de la Administración General del Estado, de las CCAA y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios[63].
c) Las entidades designadas en otro Estado miembro de la Unión Europea como entidades habilitadas para ejercitar acciones colectivas transfronterizas, de conformidad con la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020.

No se contempla, en cambio, la legitimación activa de los grupos de consumidores afectados, cuando integren a la mayoría de los afectados, como en el régimen vigente (art. 11.2 LEC). Y es que la extensión de los requisitos de la Directiva (UE) 2020/1828 para la habilitación para el ejercicio de acciones colectivas trasfronterizas también a las nacionales, comporta la exclusión tanto de los grupos de consumidores afectados, como de la posibilidad de designar a entidades habilitadas con carácter *ad* hoc[64].

En cuanto a los requisitos para que las asociaciones de consumidores y usuarios sean designadas como entidades habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas nacionales o transfronterizas, el *nuevo* art. 55 del TRLCU traslada directamente los requisitos exigidos por el art. 4 de la Directiva (UE) 2020/1828 para la designación para el ejercicio de acciones transfronterizas, que, por tanto, se aplican también a la designación para ejercitar acciones colectivas nacionales (art. 55.3). Señala asimismo cuál es el órgano competente para la designación: la Dirección General competente en materia de consumo de la Administración General del Estado, para la designación como entidades habilitadas para ejercitar acciones colectivas, nacionales o transfronterizas, a las asociaciones de consumidores y usuarios que así lo soliciten y se encuentren inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios; y las autoridades competentes en materia de consumo de las CCAA y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, para la designación como entidades habilitadas para ejercitar acciones colectivas nacionales, a las asociaciones de consumidores y usuarios que así lo soliciten y se encuentren inscritas en los registros de asociaciones de consumidores y usuarios de su ámbito territorial (art. 55.2). La Dirección General competente en materia de consumo de la Administración General del Estado es la encargada de elaborar y comunicar a la Comisión Europea la lista de entidades habilitadas para acciones colectivas transfronterizas y sus cambios (arts. 55.4 y 56 ter.I).

---

63. Recuérdese que, conforme al art. 4.7 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, los Estados miembros pueden designar también a organismos públicos como entidades habilitadas para ejercitar acciones de representación.

64. Cfr. en este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., «Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores», cit.

El *nuevo* art. 56 del TRLCU regula el procedimiento para la designación de las asociaciones de consumidores y usuarios como entidades habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas nacionales o transfronterizas. Este procedimiento se iniciará mediante solicitud de la asociación dirigida a la autoridad competente para designarla para el ejercicio de acciones colectivas nacionales o transfronterizas, debiendo especificarse si solicita la designación para ambos tipos de acciones o no, de ser ello posible; y acompañando a la solicitud los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos necesarios para su designación.

El *nuevo* art. 56 bis del TRLCU regula la elaboración, por las autoridades competentes para la designación de asociaciones de consumidores y usuarios, del listado de entidades habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas nacionales, que figurará, permanentemente actualizado, en el sitio web del Ministerio con competencias en materia de consumo (art. 56 bis.5)[65]. Este listado no sólo incluirá las asociaciones de consumidores y usuarios habilitados para el ejercicio de acciones colectivas nacionales, sino también a los órganos o entidades de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios; y las entidades designadas en otro Estado Miembro de la Unión Europea como entidad habilitadas para ejercitar acciones colectivas transfronterizas (art. 56 bis.1.II).

Por su parte, los *nuevos* arts. 56 quater y 56 quinquies del TRLCU implementan el régimen de supervisión y control de las entidades habilitadas para el ejercicio de las acciones colectivas previsto por el art. 5 de la Directiva (UE) 2020/1828. En concreto, el *nuevo* art. 56 quater establece el procedimiento de revocación de la condición de entidad habilitada para el ejercicio de acciones colectivas nacionales o transfronterizas, que deberá iniciarse de oficio por la autoridad competente para su designación, en el supuesto de que una asociación de consumidores y usuarios hubiera dejado de cumplir alguno de los requisitos exigidos para su designación, con audiencia de la asociación de consumidores y usuarios y previo requerimiento de subsanación del incumplimiento detectado[66]. La denuncia de dicho incumplimiento también puede ser presentada por cualquier otro Estado miembro o la propia Comisión Europea, tal y como prevé

---

65. A este respecto, la Disposición adicional primera del Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios de 2025, se refiere a la Base datos de entidades habilitadas, disponible en el sitio web del Ministerio con competencias en materia de consumo: «*El Ministerio con competencias en materia de consumo creará una base de datos electrónica nacional de acceso público a través de su sitio web, que proporcionará información sobre las entidades habilitadas designadas con antelación para ejercitar acciones colectivas nacionales y transfronterizas*».

66. Transponiendo el último inciso del art. 5.3 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020.

el art. 5.4 de la Directiva (UE) 2020/1828, en cuyo caso, según el *nuevo* art. 56 ter del TRLCU, el ministerio competente en materia de consumo será el punto de contacto nacional que efectuará las investigaciones pertinentes. Además, según el *nuevo* art. 56 quinquies del TRLCU, la Dirección General con competencias en materia de consumo de la Administración General del Estado debe evaluar de oficio, cada 5 años, a las asociaciones de consumidores y usuarios habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas, tanto nacionales como transfronterizas, para comprobar si mantienen los requisitos de designación, iniciando el procedimiento de revocación en caso contrario[67].

3. Disposiciones específicas sobre la acción colectiva de cesación

En cuanto al contenido de esta acción colectiva, el *nuevo* art. 830 de la LEC[68] recoge las pretensiones tradicionales de la acción de cesación, la de cesación de la conducta ilícita y la de prohibición de su reiteración futura, incluso aunque la conducta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción o antes de que concluya el procedimiento, si existen indicios suficientes que hagan temer su puesta en práctica o su reiteración[69]. Y añade, como novedad, la posibilidad de ejercitar una pretensión de mera declaración de que una conducta es contraria a las normas de protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (art. 830.2). Además, el tribunal podrá ordenar en la sentencia, a instancia de la entidad demandante y a costa del demandado, la publicación o difusión, total o parcial, en medios de comunicación de su contenido o de una declaración de rectificación (art. 830.3)[70].

El ejercicio de una acción colectiva de cesación no requiere que los consumidores y usuarios afectados manifiesten su voluntad de adherirse a ella, y éstos no podrán intervenir en el proceso (830.4). Y la estimación de una acción colectiva de cesación tampoco requiere que el demandante pruebe la existencia de dolo o negligencia por parte del empresario o profesional demandado, ni de pérdida, daño o perjuicio efectivo a los consumidores y usuarios afectados (art. 830.5). La acción colectiva de cesación se declara imprescriptible, en los mismos términos que en el actual art. 56 del TRLCU (art. 830.6).

---

67. Transponiendo el primer inciso del art. 5.3 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020.

68. Que transpone el art. 8 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020.

69. Igual que en el actual art. 53 del TRLCU, el *nuevo* art. 828.2 de la LEC considera conducta contraria a los intereses colectivos de los consumidores y usuarios en materia de cláusulas abusivas la recomendación de su utilización.

70. En términos similares al actual art. 221.2 de la LEC.

Por su parte, el *nuevo* art. 840 de la LEC[71], condiciona la admisibilidad de la demanda que ejercite una acción colectiva de cesación a la reclamación previa al empresario, solicitando el cese de la conducta ilícita con una antelación de al menos un mes, por un medio que permita tener constancia fehaciente de su fecha, recepción y contenido.

En cuanto a la tramitación de las acciones colectivas de cesación, el *nuevo* art. 841 de la LEC dispone que seguirán el juicio verbal con las siguientes especialidades, referidas a:

a) La identificación en la demanda de los consumidores afectados: la entidad demandante deberá identificar en la demanda a los consumidores y usuarios que se verán afectados por la acción colectiva, señalándolos de manera individualizada o especificando las características y requisitos para que los consumidores puedan considerarse afectados por la sentencia estimatoria que, en su caso, se dicte.
b) La intervención del Ministerio Fiscal: cuando el Ministerio Fiscal no haya presentado la demanda, el tribunal le dará traslado al mismo, una vez admitida a trámite la demanda, para que pueda intervenir en el proceso, si lo estima oportuno.
c) El plazo para contestar a la demanda, que será de un mes, en vez de los diez días previstos, con carácter general, en el juicio verbal.
d) La celebración de la vista, que será necesaria, en todo caso: con ello, la *nueva* regulación se aparta de las últimas reformas procesales, que han hecho de la vista del juicio verbal un trámite eventual, primero (con la reforma de 2015[72]); y finalmente, se ha excluido, si no hay actividad probatoria o cuando el tribunal no la considere necesaria (con la reforma de 2025[73])[74].
e) La tramitación del procedimiento, que será preferente.
f) Los recursos: la sentencia es recurrible en apelación, y la sentencia de apelación es recurrible en casación, en todo caso, y ambos se tramitarán con carácter preferente[75].

---

71. Implementando el art. 8.4 de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020.

72. Por medio de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC.

73. Por medio de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

74. Según GASCÓN INCHAUSTI, F., «*esta falta de necesidad probatoria no será extraña en los procesos en que se ejerciten acciones de cesación, a menudo centrados en extremos puramente jurídicos, no fácticos. Con esta regla pretende evitarse que procesos en que se resuelven pretensiones de alto impacto pudieran llegar a resolverse sin una audiencia formal del tribunal con las partes (de modo más parecido, pues, a un expediente administrativo que a un proceso judicial)*» («Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores», cit.).

75. Con grosero error, el *nuevo* art. 841.6 de la LEC se refiere también al recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido suprimido por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

Por último, los *nuevos* arts. 842 y 843 de la LEC regulan, respectivamente, las medidas cautelares y las multas coercitivas como medida de ejecución de la sentencia. El art. 842.1 prevé la posibilidad de solicitar la cesación provisional de la conducta infractora, que se tramitará con carácter preferente, teniendo por existentes además las razones de urgencia o necesidad para su solicitad antes de la demanda, si se acredita la actualidad de la conducta infractora. Y el tribunal podrá dispensar a la entidad demandante del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados (art. 842.2)[76]. Por su parte, el art. 843 prevé la imposición de multas coercitivas en la sentencia estimatoria de una acción colectiva de cesación, de entre seiscientos y sesenta mil euros, por cada día de retraso en la ejecución en el plazo señalado en la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza e importancia de la infracción y sus consecuencias, así como la capacidad económica del condenado y su conducta, y el perjuicio ocasionado a cada uno de los beneficiarios[77].

V. Bibliografía

Aguilera Morales, M., «Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 78-79, abril-septiembre 2021, pp. 97-138.

Armengot Vilaplana, A., «Reflexiones en torno a la futura adaptación de la Directiva (UE) 2020/1828 en materia de acciones de representación», en *El proceso como garantía* (Asencio Mellado y Fuentes Soriano, dirs.), Atelier, Barcelona, 2023, pp. 153-164.

Armengot Vilaplana, A., «La armonización de las acciones colectivas: una tarea pendiente», en *Hacia un Derecho Procesal Europeo* (Arangüena Fanego y De Hoyos Sancho, dirs.), Atelier, Barcelona, 2024, pp. 695-725.

Armenta Deu, T., «La legitimación en las acciones colectivas», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo* XXI (Montesinos García, dir.), Tirant lo Blanch, 2020, pp. 103-148.

Busto Lago, J. M., «Comentario al art. 54», en *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Bercovitz Rodríguez-Cano, coord..), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, pp. 687-713.

Busto Lago, J. M., «Comentario al art. 56», en *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Bercovitz Rodríguez-Cano, coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, pp. 717-723.

Corominas Bach, S., *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

76. En los mismos términos que el actual art. 728.3.IV de la LEC.

77. En términos similares al actual art. 711.2 de la LEC.

De Lucchi López-Tapia, Y., «Armonización europea de la tutela colectiva de personas consumidoras y usuarias: la proyectada transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2020/1828 sobre acciones de representación», en *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea* (Romero Pradas, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 145-188.

Domínguez Ruiz, L., «Comentario al art. 55», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Cañizares Laso, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, tomo I, pp. 757-765.

Domínguez Ruiz, L., «Comentario al art. 56», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Cañizares Laso, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, tomo I, pp. 767-772.

Gascón Inchausti, F., «Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)», en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007* (Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, dirs.), Iustel, Madrid, 2011 (versión del trabajo depositada en el repositorio institucional de la Universidad Complutense de Madrid: https://eprints.ucm.es).

Gascón Inchausti, F., «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), vol. 12, núm. 2, pp. 1290-1323.

Gascón Inchausti, F., «Acciones colectivas y Derecho europeo: el impacto de la Directiva 2020/1828 sobre el sistema procesal español», en *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa* (Gascón Inchausti y Peiteado Mariscal, dirs.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 699-747.

Gascón Inchausti, F., «Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en Derecho español: retos en la transposición de la Directiva 2020/1828», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (Romero Pradas, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 693-727.

Gascón Inchausti, F., «Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores», en *Almacén de Derecho*, 17 de febrero de 2023 (https://almacendederecho.org/algunas-claves-del-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representación-de-los-intereses-colectivos-de-los-consumidores).

Gascón Inchausti, F., «Procesos judiciales para la tutela de los consumidores», en *Manual de Derecho del Consumo* (Díaz Alabart, coord.), Reus, Madrid, 2ª ed., 2023, pp. 353-375.

Gómez Amigo, L., «Comentario al art. 54», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Cañizares Laso, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, tomo I, pp. 739-756.

Gutiérrez de Cabiedes, P., «Comentario al art. 54», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (Cámara Lapuente, dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 431-445.

Gutiérrez de Cabiedes, P., «Acciones colectivas: pretensiones y legitimación», en *Acciones colectivas (Cuestiones actuales y perspectivas de futuro)* (Armenta Deu y Pereira Puigvert, coords.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 17-59.

López Sánchez, J., «La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios», en *Intereses colectivos y legitimación activa* (Carbonell Porras, dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 207-237.

López Sánchez, J., «Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas y colectivización de acciones», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum* de Andrés de la Oliva Santos (I. Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres, coords.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, tomo II, pp. 1883-1913.

López Sánchez, J., «La desvinculación en las acciones de representación (*opt out*) y el derecho a la tutela judicial efectiva», *Diario La Ley*, núm. 10282, 9 de mayo de 2023.

López Sánchez, J., *La vinculación de los consumidores a la acción de representación. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, 20 de junio de 2023, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2023.

Martín Pastor, J., «La relación entre las acciones colectivas y las acciones individuales de los consumidores y usuarios: regulación vigente y propuestas de reforma», en *La eficiencia de la justicia a debate* (Jiménez Conde y López Simó, dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 289-298.

Moreno García, L., «La tutela colectiva de los consumidores de la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 327, enero-marzo 2023.

Ormazabal Sánchez, G., «Los ejes fundamentales del sistema de acciones colectivas. Un intento de clarificación y propuestas de *lege ferenda*», *Justicia*, 2020, núm. 2, pp. 47-117.

Planchadell Gargallo, A., «*Collective redress*: acceso a la justicia y representación de los miembros del grupo», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 5, 2022, pp. 273-306.

Senés Motilla, C., «Comentario al art. 53», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Cañizares Laso, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, tomo I, pp. 717-737.

Diez años de dieselgate: cuestiones para el derecho procesal

Rosa Miquel Sala
Wissenschaftliche Mitarbeiterin.
Universität Bayreuth

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN DE HECHOS RELEVANTES. II. RECORRIDO JUDICIAL HASTA LA FECHA EN ESPAÑA Y EN OTROS ESTADOS MIEMBROS. 1. Tutela penal. 2. Tutela civil. III. CUESTIONES PARA EL DERECHO PROCESAL. 1. Tutela judicial colectiva tras la Directiva de acciones de representación. A) Ejercicio de pretensiones derivadas del *dieselgate* mediante acciones de representación. B) Otras herramientas para agilizar la resolución de demandas masivas y contra la «huida de la casación». 2. Competencia judicial internacional. A) Fueros aplicables. B) Necesidad de una adaptación en relación con demandas colectivas de carácter transfronterizo. 3. Responsabilidad civil derivada de delito y traslado de la causa a Alemania. A) Suspensión del proceso civil e interrupción de la prescripción por el proceso penal en curso. B) Ejercicio de la acción civil en un proceso penal colectivo y transfronterizo. IV. CONCLUSIONES.

I. Introducción y resumen de hechos relevantes

El 18 de septiembre de 2015, la *Enviromental Protection Agency* de Estados Unidos hacía público que desde 2007 el Grupo Volkswagen[1] había producido una serie de motores diésel equipados con un software que activaba la limitación de emisiones de dióxido de nitrógeno (NOx) solamente cuando el vehículo estaba siendo sometido a un test para medir dichas emisiones y no cuando se estaba circulando en condiciones normales. Los vehículos afectados ascendían a once millones en todo el mundo, de entre los cuales 683.626 habían sido adquiridos en España. Han pasado ya casi diez años desde que estos hechos salieran a la luz y el balance del asunto para los afectados españoles es desalentador, en especial si se compara su situación con la de sus homólogos

1. Los enlaces utilizados fueron consultados por última vez el 20 de abril de 2025.
Debe puntualizarse que las actuaciones del Grupo Volkswagen constituyen el ejemplo más divulgado de una estrategia que habían optado otros muchos importantes fabricantes de vehículos, cfr. https://www.largus.fr/actualite-automobile/dieselgate-que-risquent-peugeot-citroen-renault-et-vw-en-france-10646400.html; https://www.emissions.co.uk/about-the-cheat-device; https://carbuzz.com/japanese-automakers-admit-cheating-safety-and-emissions-tests-toyota-honda-suzuki-mazda/.

estadounidenses, alemanes, italianos, austriacos o belgas. Dejando de lado los importantes desafíos que el caso plantea en el ámbito del derecho material, es necesario plantearse cómo ha podido contribuir el derecho procesal (civil) al presente resultado y qué medidas legislativas —desde luego no solamente a nivel estatal— podrían conducir a paliar el palpable déficit de tutela judicial en el presente supuesto. Antes de abordar esta cuestión, conviene realizar un sintético recorrido por los hechos relevantes —seguramente ya conocidos— y por el tratamiento que ha recibido hasta la fecha el asunto en España y en otros Estados miembros.

El software instalado en los motores constituía un dispositivo de desactivación prohibido en el sentido del art. 5.2 del Reglamento Europeo nº715/2007, por lo que los vehículos que incorporaban los motores aludidos no cumplían con los requisitos para obtener la homologación de tipo, condición previa a su matriculación o puesta en circulación. No obstante, ninguna de las autoridades estatales competentes para la homologación de tipo de los distintos vehículos fabricados por el grupo optó por retirar directamente la homologación. En relación con los vehículos fabricados en Alemania, el *Kraftfahrt-Bundesamt* (KBA) constató la ilegalidad el 15 de octubre de 2015 y simultáneamente ordenó a Volkswagen que retirara dicho dispositivo y que adoptara las medidas necesarias para garantizar la conformidad de tales vehículos con la normativa nacional en cuestión y con la de la Unión Europea. Estas medidas, autorizadas por el KBA en numerosas ocasiones en relación con varios modelos de motores diésel diseñados por Volkswagen y por otros fabricantes, consistieron en la instalación de dispositivos de «ventana de temperaturas», que limitan efectivamente las emisiones de NOx, pero solamente cuando el vehículo circula en un determinado rango de temperatura exterior y a una determinada altura. El TJUE ha dictaminado entre tanto que una solución de este tipo constituye en principio otro dispositivo de desactivación prohibido.

La asociación ecologista *Deutsche Umwelthilfe* decidió impugnar judicialmente las autorizaciones emitidas por el KBA. Tras haberse planteado una cuestión prejudicial en la que se preguntaba también por la legitimación activa de dicha entidad, el TJUE afirmó en Sentencia de 8 de noviembre de 2022 que «(e)l artículo 5, apartado 2, letra a), del Reglamento n.o 715/2007 debe interpretarse en el sentido de que un dispositivo de desactivación solo puede estar justificado, en virtud de la citada disposición, si se demuestra que dicho dispositivo responde estrictamente a la necesidad de evitar los riesgos inmediatos de averías o accidentes en el motor causados por un mal funcionamiento de un componente del sistema de recirculación de los gases de escape de tal gravedad que generen un peligro concreto durante la conducción del vehículo equipado con ese dispositivo. Además, la «necesidad» de un dispositivo de desactiva-

ción, a los efectos de la referida disposición, solo existirá cuando, en el momento de la homologación de tipo CE de ese dispositivo o del vehículo que va equipado con él, ninguna otra solución técnica permita evitar riesgos inmediatos de averías o accidentes en el motor que generen un peligro concreto durante la conducción del vehículo».[2] El TJUE también ha afirmado que «(e)n cualquier caso, no puede estar comprendido en la excepción del artículo 5, apartado 2, letra a), del Reglamento nº715/2007 un dispositivo de desactivación diseñado para funcionar, en condiciones normales de circulación, la mayor parte del año con el fin de que el motor esté protegido contra averías o accidentes y se garantice el manejo seguro del vehículo.»[3] El Tribunal Administrativo de Schleswig-Holstein ya ha aplicado la jurisprudencia del TJUE en varias ocasiones y ha declarado la ilegalidad de las varias autorizaciones emitidas por el KBA,[4] aunque Volkswagen ha recurrido como mínimo una de las sentencias. En cualquier caso, no parece que se vaya a ordenar de manera inminente la retirada de la circulación de los vehículos afectados, a no ser que una segunda reprogramación tampoco lograse su cometido.

II. Recorrido judicial hasta la fecha en España y en otros estados miembros

1. Tutela penal

El día 29 de diciembre de 2015, el Juzgado Central de Instrucción de la AN incoó Procedimiento Abreviado tras la presentación de una querella por parte del sindicato colectivo de funcionarios Manos Limpias contra VAESA, Volkswagen Navarra, S.A., sus respectivos presidentes, así como las personas que a lo largo de la instrucción resultasen responsables, por presunta comisión de delitos contra los consumidores (art. 278 ss. CP), estafa (art. 248 ss. CP), delitos contra el medio ambiente (art. 325 ss. CP), falsificación documental (arts. 392 y 395 CP), fraude (art. 436 CP) y delitos contra la Hacienda Pública (art. 305 CP). A esta querella se sumaron posteriormente otras, entre las que cabe des-

2. SSTJUE 08/11/2022 en el asunto C-873/19 (Deutsche Umwelthilfe eV y Bundesrepublik Deutschland), ECLI:EU:C:2022:857. La importancia de la segunda afirmación del TJUE radica en que los fabricantes de vehículos que habían incluido el dispositivo de ventana de temperaturas se habían acogido a la causa de justificación prevista en el art. 5.2 a) del Reglamento 715/2007 para afirmar su legalidad.

3. Cfr. 14/07/2022 en los asuntos C-128/20 (GSMB Invest), ECLI:EU:C:2022:570 y C-145/20 (DS y Porsche Inter Auto GmbH & Co KG y Volkswagen AG), ECLI:EU:C:2022:572. Cfr. también sobre el dispositivo mencionado SSTJUE 21/03/2023 en el asunto C-100/21 (QB y Mercedes Benz Group AG), ECLI:EU:C:2023:229 y 17/12/2020 en el asunto C-693/18 (CLCV y otros), ECLI:EU:C:2020:1040.

4. Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht 3. Kammer, 20/02/2023, Az. 3 A 113/18, ECLI:DE:VGSH:2023:0220.3A113.18.00; Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht 3. Kammer, 17/01/2024, Az. 3 A 332/20; ECLI:DE:VGSH:2024:0117.3A332.20.00.

tacar las presentadas en virtud del art. 109bis LECr por varias asociaciones de consumidores como acusación particular, representando todas ellas a un mínimo de 9.000 consumidores. En respuesta a una Comisión Rogatoria emitida el 28 de abril de 2016, la Fiscalía de Brunswick se ofreció, el día 13 de julio de 2018, a asumir la persecución penal en España alegando que la misma ya se había asumido para Suiza, Austria, Suecia y la Oficina Europea contra el Fraude. Una vez remitido el procedimiento a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, esta dictó Auto el día 23 de noviembre de 2018 acordando la transmisión del procedimiento, «en relación al conjunto de personas investigadas en el mismo a las autoridades judiciales judiciales de Alemania, y más en concreto a la Fiscalía de Braunschweig». Frente a este Auto se presentaron, por parte de la la Acusación Popular Agregada 1 y la Asociación FACUA, sendos recursos de reforma y posteriormente de apelación ante la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional, recursos estos últimos que fueron desestimados mediante Autos de 6 de marzo de 2019 y de 11 de marzo de 2019. Acto seguido, dichas entidades presentaron recursos de casación que fueron igualmente desestimados por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2021.[5]

Los recurrentes en casación alegaban, para empezar, que la prosecución de varias investigaciones en paralelo es perfectamente posible y no llega aún a representar una vulneración del principio *non bis in idem* recogido en el art. 17.71 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 4 del Protocolo nº7 del CEDH, el art. 50 TFUE y el art. 54 del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen. Adicionalmente, consideraban que no existía la necesaria identidad de sujeto, hecho y fundamento para una posterior vulneración de este principio. El Tribunal Supremo afirmó en primer lugar una identidad sustancial, indiscutible, entre los hechos puesto que como afirmaba la resolución recurrida, «tanto el diseño estratégico como la ejecución material de la manipulación se desarrolló en Alemania, por más que haya surtido efectos en muchos países, y precisamente esta manipulación constituye el núcleo de los que las autoridades de aquel país investigan». En segundo lugar, la identidad subjetiva (de víctimas y de sujetos responsables) no ofrecía ninguna duda para el TS pese a que la investigación alemana se dirigía contra personas físicas empleadas en la sociedad Volkswagen AG que tomaron la decisión presuntamente delictiva puesto que se había llegado a la conclusión, al igual que las autoridades judiciales españolas, de que los sucesivos empleados, vendedores o importadores no tenían conocimiento de la manipulación. Menor problema planteaba la identidad subjetiva en cuanto a las víctimas puesto que el proceso penal alemán iba a abarcar a todos los vehículos comer-

5. ECLI:ES:TS:2021:3449.

cializados en España. En cuanto a la identidad de fundamento, los recurrentes incidieron en que, mientras que en España está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Alemania solamente es posible imponerles una sanción de carácter administrativo en virtud del § 30 *Ordnungswidrigkeitengesetz*. Sin embargo, el Tribunal Supremo afirmó que ello no permitía excluir la identidad de fundamento puesto que debía examinarse no solo la calificación jurídica de la infracción en el derecho interno, sino la propia naturaleza de la infracción y la gravedad de los hechos, y que en el presente caso era posible concluir que la multa alemana respondía a idéntico fundamento y desplegaba la misma eficacia que la que sería imposible (sic) en España en aplicación del art. 31bis y ss. CP.[6] Además, tenía en cuenta el Tribunal el carácter penal de la investigación seguida por la Fiscalía de Brunswick en relación con las personas físicas.

Otro de los motivos alegados que puede considerarse de especial relevancia fue el relativo a la legalidad de la cesión de jurisdicción a la vista del art. 32.5 de la derogada Ley 16/2015. Se aducía por los recurrentes, entre otras cuestiones, que «los afectados se verían privados de recibir algún tipo de información sobre la causa penal, pues la distancia geográfica, la diferencia lingüística y lo complejo del procedimiento harían esto imposible. Y ello, por no hablar de los elevados costes que podría suponer la personación de las personas físicas afectadas en Alemania». El Tribunal Supremo, no obstante, consideró que «(d)ada la comunicación de la Fiscalía alemana de 13 de julio de 2018 por la que asume la persecución penal del procedimiento español y también que su procedimiento incluye los vehículos que han sido comercializados en España, queda salvaguardado el ejercicio de la acción penal en nombre de los perjudicados españoles, titulares de los vehículos afectados, sin perjuicio de lo cual, podrán ejercitar en España las reclamaciones civiles en orden a la reparación de los daños sufridos».

Entre tanto, la Asociación Internacional Antifraude para la Defensa de los Afectados por Motores Volkswagen interpuso recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva contra el mencionado Auto del Juzgado Central nº 2 de la AN que remitía la causa a Alemania y los Autos posteriores, del mismo Juzgado y de la Sala de Apelaciones de la AN, que habían desestimado respectivamente sus recursos de reforma y de apelación. En su Sentencia de 23 de marzo de 2023, el TC suscribió en esencia las afirmaciones del TS y afirmó que «nada impide a las víctimas españolas personarse como parte per-

6. Cfr. en este sentido STJUE 14/09/2023 en el asunto Volkswagen Group Italia und Volkswagen Aktiengesellschaft (C-27/22), ECLI:EU:C:2023:663, que afirma la existencia de un *non bis in idem* por la imposición de una multa administrativa que constituye una sanción penal, al perseguir una finalidad represiva y presentar un nivel de gravedad elevado.

judicada en el proceso penal alemán para ejercitar la acción civil (art. 403 de la ley procesal alemana, *Strafprozessordnung*; StPO por sus siglas en alemán), —así como también para ejercitar derechos de información sobre el curso del proceso penal y su finalización [art. 406 d) StPO]—, no pudiendo oponerse a ello como causa impeditiva del derecho de acceso al proceso el presumible incremento del coste que podría suponer esa personación. Sino también, de otro, porque las víctimas tienen abierta la vía civil ante los propios tribunales españoles, como acertadamente puso de manifiesto la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el auto de 28 de febrero de 2019, ahora impugnado».

Parecidas quejas se habían presentado, por cierto, cuando la Fiscalía austriaca acordó el correspondiente traslado de las actuaciones a Alemania ya en 2016. Particularmente se destacaba que, al pervivir en el derecho penal alemán el principio *societas delinquere non potest* y quedar por lo tanto solamente sujetas a responsabilidad penal las personas físicas que ocupaban cargos de responsabilidad en las sociedades correspondientes, cuyos medios para hacer frente a las indemnizaciones por responsabilidad civil muy probablemente serían inferiores, las posibilidades de ejecutar las pretensiones de los consumidores afectados se verían gravemente menoscabadas.[7] En julio de 2017, la asociación de consumidores VKI consiguió que la causa permaneciese ante los tribunales austriacos. El proceso penal sigue avanzando y en su marco es posible ejercitar pretensiones indemnizatorias pero el órgano jurisdiccional penal no está obligado a pronunciarse sobre las mismas.[8]

La Fiscalía francesa inició investigaciones preliminares el día 2 de octubre de 2015 y en marzo de 2016 se inició la instrucción preliminar contra Volskwagen por «*tromperie sur une marchandise entraînant un danger pour la santé de l'homme ou de l'animal*» (art. L-213-2 Code de la consommation).[9] Paralelamente se abrieron investigaciones contra otros fabricantes por hechos análogos. El 19 de enero de 2022 y el 15 de marzo de 2023, la Cour d'appel de Paris rechazó el archivo de las actuaciones después que los representantes legales de Volkswagen hubieran alegado en 2018 que una condena del grupo en Francia vulneraría el principio *non bis in idem*.[10] Se espera que la primera audiencia

7. https://www.kleinezeitung.at/wirtschaft/5132628/VWSkandal_Kritik-an-Abgabe-von-WKStAErmittlungen-nach-Deutschland

8. https://verbraucherrecht.at/vw-informationen-zum-strafverfahren/5470

9. https://www.lemonde.fr/automobile/article/2016/03/08/volkswagen-ouverture-en-france-d-une-information-judiciaire-pour-tromperie-aggravee_4878748_1654940.html

10. https://www.largus.fr/actualite-automobile/dieselgate-la-mise-en-examen-de-volkswagen-en-france-confirmee-en-appel-30025748.html

tenga lugar en 2025.[11] Entre tanto, numerosas personas físicas y jurídicas se están personando como parte civil en dicho procedimiento.[12]

El expresidente de Audi, Rupert Stadler, fue condenado por un delito de estafa junto con otros dos directivos de la misma sociedad por el LG de Múnich en junio de 2023 y recurrió la sentencia en casación.[13] Entre tanto, varias causas penales avanzan farragosamente en el OLG Brunswick. Las primeras se dirigen frente a varios directivos del grupo por estafa, fraude fiscal en algunos casos y vulneración de la ley alemana de competencia desleal.[14] El proceso contra Martin Winterkorn, antiguo presidente del consejo de administración del grupo Volkswagen, está actualmente suspendido puesto que el acusado, de 77 años, no puede declarar por motivos de salud.[15]

2. Tutela civil

En las demandas presentadas hasta la fecha ante órganos jurisdiccionales civiles se han ejercitado pretensiones extracontractuales contra el fabricante, en su caso por infracción de normas del derecho de la competencia, así como pretensiones contractuales basadas o no en la regulación de la compraventa de consumo. El éxito de las pretensiones ejercitadas se ha visto decisivamente influenciado por la primitiva creencia en la legalidad de los dispositivos de desactivación o de ventana de temperaturas y/o en su inocuidad para el funcionamiento del vehículo,[16] como puede observarse en numerosas Sentencias de Audiencias Provinciales. Ahora bien, además de pronunciarse sobre la legalidad de los dispositivos, el TJUE también ha abordado en dos ocasiones cuestiones de naturaleza civil, lo que ha supuesto un giro más o menos marcado en las respectivas jurisprudencias nacionales. Así, en la STJUE de 14 de julio de 2022 (asunto DS) se constata que un vehículo en el que se ha instalado un dispositivo de desactivación prohibido y que cuenta con una homologación

11. https://www.francetvinfo.fr/economie/automobile/diesel/dieselgate-l-association-de-defense-des-consommateurs-clcv-regrette-que-le-temps-judiciaire-en-france-soit-extremement-long_6760369.html

12. https://www.lemonde.fr/economie/article/2024/10/03/dieselgate-plusieurs-entreprises-et-collectivites-vont-se-joindre-aux-procedures-francaises_6342471_3234.html

13. LG München II, 27.06.2023— W 5 KLs 64 Js 22724/19.

14. 6 KLs 411 Js 49032/15 (23/19); 11 KLs 411 Js 485)93/20 (63/20).

15. https://www.spiegel.de/wirtschaft/dieselskandal-verhandlung-gegen-martin-winterkorn-ausgesetzt-gesundheitliche-gruende-a-bf245f33-305e-4439-98ee-71695a0b05c4

16. Por ejemplo, algunas AAPP citaron un informe policial sobre el primitivo dispositivo de desactivación emitido en el marco de las diligencias previas iniciadas en los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional y según el cual «no hay constancia que la misma haya afectado a su conducción segura, potencia y demás prestaciones, y consumo de combustible.» Cfr. Con más detalle VACAS LARRAZ, *Jueces para la democracia*, «Dieselgate: respuesta jurisdiccional» 92 2018, 49-61 (51-52).

presenta una falta de conformidad en el sentido del art. 2.2 d) de la Directiva 1999/44/CE y se añade que la misma no puede calificarse como «de escasa importancia»[17], incluso en los casos en que el comprador hubiera adquirido de todas formas el vehículo aunque hubiera tenido conocimiento de la existencia y del funcionamiento del referido dispositivo. Esta afirmación conduce a plantearse si la STJUE sobre el dispositivo de ventana podría suponer la activación de nuevos plazos de prescripción.[18] Además, deberían activarse los remedios de la regulación de la compraventa de consumo ante la constatación del fracaso de la puesta en conformidad o acaso de la generación de una nueva falta de conformidad.[19]

Por otro lado, en la STJUE de 21 de marzo de 2023 en el asunto Mercedes-Benz Group se afirma que los arts. 18.1, 26.1 y 46 de la Directiva 2007/46/CE en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº385/2009 en relación con el art. 5.2 del Reglamento (CE) 715/2007 «deben interpretarse en el sentido de que protegen, además de los intereses generales, los intereses particulares del comprador individual de un vehículo de motor frente al fabricante de este cuando dicho vehículo está equipado con un dispositivo de desactivación prohibido, en el sentido de esta última disposición.» En segundo lugar, se afirma que «(e)l Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que, a falta de disposiciones de este Derecho en la materia, corresponde al Derecho del Estado miembro de que se trate determinar las normas relativas al resarcimiento del daño efectivamente causado al comprador de un vehículo equipado con un dispositivo de desactivación prohibido, en el sentido del artículo 5, apartado 2, del Reglamento n.o 715/2007, siempre que el resarcimiento sea adecuado al perjuicio sufrido.»

Las demandas que llegaron a los órganos jurisdiccionales civiles españoles desde que se descubrió el fraude iban dirigidas tanto a las empresas concesionarias que habían vendido los vehículos afectados como a los respectivos fabricantes integrantes del grupo empresarial o, en su caso, a la empresa distribuidora en España en ese momento (VAESA). Se ejercitaron acciones dirigidas a la impugnación de los contratos de compraventa por vicios del consentimiento, a la resolución del contrato por incumplimiento o al resarcimiento de la responsabilidad contractual. En numerosas sentencias se cuestionaba la legitimación de

---

17. Cfr. en relación con la posibilidad de resolver el contrato de acuerdo con el TRLGDCU VECINA AZNAR, *Revista CESCO*, «El TJUE abre las puertas a la resolución contractual en los vehículos afectados por el dieselgate. Tres sentencias del TJUE de 14 de julio de 2022», 43/2002, 34-51.

18. SCHAUB, *Neue Juristische Wochenschrift*, «Die Diesel-Problematik zwischen europäischem und nationalem Recht», 2023, 2236-2239 (2239).

19. RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Anuario de Derecho civil*, «El Dieselgate y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Reflexiones a propósito de tres pronunciamientos de 14 de julio de 2022)», tomo LXXVI, 2023, fasc. II (abril-junio), 727-792 (756).

VAESA por no haber sido parte en el contrato de compraventa del vehículo. El Tribunal Supremo sorteó este obstáculo mediante una interpretación flexible del art. 1.257.1 CC y consideró posible una indemnización de la responsabilidad contractual (art. 1.101 CC), apreciando la existencia de un daño moral *in re ipsa* por el cual el fabricante debía responder fruto de su actuación dolosa (art. 1.107 CC).[20] Siguiendo la línea marcada por la Audiencia Provincial de Baleares, consideró «razonable» una indemnización de 500 € por daño moral. A juicio del TS, debía tenerse en cuenta que en el momento de conocerse el fraude ya había transcurrido una parte importante de la vida útil del vehículo en cuestión, por lo que los daños morales derivados de la incertidumbre necesariamente habían de ser menores.[21] No procedió, porque no entraba en los motivos del recurso de casación, un pronunciamiento sobre la existencia de un incumplimiento resolutorio, y tampoco se consideró la posibilidad de declarar de oficio la nulidad del contrato por infracción de norma imperativa.

Varias sentencias recientes recogen la doctrina del TS y conceden indemnizaciones de un mínimo de 500 € por daño moral.[22] Cabe destacar la SAP Sevilla de 4 de noviembre de 2024[23] que cita las SSTJUE en los asuntos C-128/20, C-134/20 y C-145/20 y reconoce un daño derivado de la depreciación del vehículo cuya cuantía (4.127 €) determina en función de la tabla de depreciación adjuntada al acuerdo extrajudicial al que Volkswagen llegó con una serie de consumidores en Alemania. En la SAP Barcelona de 6 de julio de 2023 se concede en base al art. 1.101 CC una indemnización por los daños materiales resultantes de la instalación del nuevo software según consta en dictamen pericial.[24]

Teniendo en cuenta las afirmaciones del TJUE en el asunto C-145/20, se ha cuestionado en la doctrina si la posibilidad de resolver el contrato, prevista en la legislación sobre compraventa de consumo en aquellos supuestos en los que la falta de conformidad no sea de escasa importancia, también podría existir en aplicación del art. 1.124 CC. Es cierto que esta última norma requiere una

---

20. Un tercer recurso de casación fue inadmitido por ATS 19/07/2023 (ECLI:ES:TS:2023:10664A).

21. Cfr. al respecto RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Anuario de Derecho civil*, «Análisis del Dieselgate desde el Derecho civil (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio), tomo LXXV, 2022, fasc. II (abril-junio), 635-724; CARRASCO PERERA; *Publicaciones jurídicas Centro de estudios de consumo*, Los compradores del «Dieselgate» por segunda vez ante el Tribunal Supremo», 2021, 1-4; YZQUIERDO TOLSADA, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil,* «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020 (167/2020). La compraventa de un vehículo con un motor trucado legitima para reclamar no solamente contra el vendedor sino contra el fabricante del vehículo», Vol. 12, (2020), 149-164; YZQUIERDO TOLSADA, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil*, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021 (561/2021). De nuevo sobre la venta del vehículo con motor trucado. ¿Daño moral in re ipsa?, Vol. 13 (2021), 307-324.

22. SJM n°11 de Barcelona, nº7/2023 10/01/2023 (ECLI:ES:JMB:2023:3) y las que se citan a continuación.

23. SAP Sevilla nº527/2024 (Sección 5ª) 04/11/2024 (ECLI:ES:APSE:2024:2446).

24. SAP Barcelona nº7269/2023 06/07/2023 (ECLI:ES:APB:2023:7269).

mayor gravedad del incumplimiento, pero podría argumentarse que efectivamente existe un cumplimiento grave. Igualmente, a la luz de la jurisprudencia del TS, se ha dejado en el aire la posibilidad de que dicha resolución contractual no se declarase frente al vendedor del vehículo sino frente al fabricante.[25] Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el art. 125 TRLGDCU solamente es posible recurrir directamente al productor cuando al consumidor o usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario, y que en este caso solamente puede solicitarse la puesta en conformidad del bien y no declarar la resolución o solicitar una reducción del precio. En relación con el último precepto citado se ha afirmado que frente al productor solamente se pueden ejercitar acciones de responsabilidad extracontractual.[26] Se ha constatado además que el remedio de la resolución contractual en este tipo de supuestos es desde luego una solución poco apropiada desde el punto de vista de la sostenibilidad.[27]

El montante indemnizatorio concedido por el TS contrasta llamativamente con el concedido en Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Madrid de 25 de enero de 2021[28] en un proceso colectivo por infracción del derecho de la competencia. El Juez consideró que cada uno de los consumidores asociados a la OCU e identificados en la demanda debía recibir una indemnización de 3.000 €, quedando obligado como consecuencia el Grupo Volkswagen a abonar un total de 16.332.000 €. El Juzgado apreció daño moral *ex re ipsa* y lo determinó tomando en consideración las cuantías indemnizatorias mínima y máxima contenidas en el acuerdo de Volkswagen con los consumidores alemanes. La resolución dictada en primera instancia fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Madrid por la demandada y en Sentencia de 22 de junio de 2023[29] declaró la nulidad de misma por falta de competencia territorial ordenando la remisión de las actuaciones a los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona. El Juzgado de lo Mercantil nº2 de Barcelona negó en febrero de 2025 la legitimación pasiva de la filial española de Volkswagen al considerar que «la actividad que efectuaba la demandada como mera importadora de los vehículos la excluye automáticamente como autora material de la conducta desleal.»[30] El 17 de marzo la

25. RODRÍGUEZ GUITIÁN, RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Anuario de Derecho civil*, «El Dieselgate y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Reflexiones a propósito de tres pronunciamientos de 14 de julio de 2022)», tomo LXXVI, 2023, fasc. II (abril-junio), 727-792 (780-784).

26. ARROYO I AMAYUELAS, *Journal of European Consumer and Market Law*, «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», 2022, 35-40 (39).

27. CARRASCO PERERA, *Revista CESCO*, «Más allá del Dieselgate: El insostenible caso en favor de los remedios sostenibles en las ventas al consumidor», 45/2023, 1-28.

28. ECLI:ES:JMM:2021:4.

29. ECLI:ES:APM:2023:10297.

30. https://www.infobae.com/espana/agencias/2025/02/18/un-juzgado-de-barcelona-desestima-la-demanda-de-la-ocu-sobre-el-dieselgate/

OCU anunciaba la presentación de un recurso de apelación contra dicha sentencia.[31] Debe esperarse con mucho interés el resultado de este recurso especialmente teniendo en cuenta la especial relevancia de la doctrina del daño *ex re ipsa* en materia de competencia desleal.[32]

En Alemania, un proceso modelo (*Musterfeststellungsverfahren)* contra VW se cerró el 20 de febrero de 2020 con un acuerdo entre VW y las asociaciones ADAC y vzbv.[33] Si no se hubiera llegado a un acuerdo, los consumidores hubiesen tenido que presentar demandas individuales para lograr el cobro de sus respectivas indemnizaciones en virtud de lo declarado en el proceso modelo. Tribunal Supremo Federal alemán constituyó el 1 de agosto de 2021 una sala específica para lidiar con los numerosísimos recursos de casación relacionados con el *dieselgate*.[34] En este país se constató que el ejercicio de pretensiones contractuales frente al vendedor del vehículo era dificultoso por cuestiones de prescripción o por la preferencia del cumplimiento posterior (*Nacherfüllung*).[35] Mayor éxito tuvieron pretensiones de carácter extracontractual contra el fabricante. Se ha considerado que la propia conclusión del contrato de compraventa a raíz del engaño por parte del fabricante constituía por sí misma un daño doloso contrario a la moral (*vorsatzliche sittenwidrige Schädigung*, § 826 BGB) cuya indemnización requería la restitución de las prestaciones más una compensación por el uso del vehículo (*großer Schadensersatz*),[36] siempre que la adquisición se hubiese producido antes de la comunicación ad hoc del Grupo VW en la que se reconocía el engaño.[37] El Tribunal Federal Supremo reconoció

---

31. https://www.ocu.org/organizacion/prensa/notas-de-prensa/2025/grupovw170325

32. En el mismo sentido DÍEZ SOTO, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, «Algunas reflexiones entorno a la respuesta jurisprudencial al *Dieselgate*», (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, 552-570 (568-570). A ello se hubiesen podido sumar (hipotéticamente) pretensiones indemnizatorias derivadas de la vulneración de la legislación antitrust, recogidas en el art. 71 ss. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. De todos modos, la Sala de Competencia de la CNMC consideró en una Resolución de 7 de febrero de 2019 (S/DC/0577/16 VOLKSWAGEN) que no procedía incoar procedimiento sancionador contra VAESA y SEAT por infracción de la LDC ante la denuncia presentada por FACUA «sin necesidad de entrar a valorar si existiese o no competencia desleal, no existen indicios para considerar que la conducta tiene aptitud para afectar a la competencia en el mercado o para distorsionar de forma significativa la dinámica competitiva del mercado afectado ni por tanto de que se cumplan las exigencias para aplicar el artículo 3 LDC.» Se añadía que «los otros intereses públicos que puedan verse afectados por la supuesta publicidad engañosa de Volkswagen van a poder ser preservados en el marco de la investigación penal que está realizando la Audiencia Nacional.»

33. https://www.verbraucherzentrale.de/sites/default/files/2025-02/rahmenvergleich-vzbv-volkswagen-28.02.2020_0.pdf

34. Cfr. al respecto KLEIN, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, «Die "Dieselverfahren" vor dem BGH. Entscheidungen aus den Jahren 2022 und 2023 zu prozessualen Fragestellungen», 2024, 105-111 (105).

35. Cfr. sobre el ejercicio de pretensiones contractuales como el cumplimiento posterior mediante la sustitución por un nuevo modelo con eventuales obligaciones de pago del comprador LORENZ, *Deutsches Autorecht*, «Der Dieselskandal im Kaufrecht» 2022, 198-200.

36. BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, p. 1962 ss. (ECLI:DE:BGH:2020:250520UVIZR252.19.0). Cfr. al respecto RING, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, «Der Bundesgerichtshof zur vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung von Fahrzeugkäufern im Diesel-Abgasskandal – Roma locuta, causa finita?», 2020, 385-392.

37. Esta solución no tiene cabida en el Derecho de obligaciones español. Muy claro en este sentido CARRASCO PERERA, *Análisis GA_P*, «Dieselgate: soluciones contractuales y extracontractuales», 2020, 1-6 (6).

la posibilidad de solicitar una indemnización debido a la instalación imprudente de un dispositivo de ventana en Sentencia de 26 de junio de 2023. La indemnización adecuada al perjuicio sufrido debía oscilar entre un 5 y un 15% del valor de adquisición del vehículo (*kleiner Schadensersatz* o *Differenzschaden*).[38] En este supuesto no se considera posible el recurso al § 826 BGB puesto que ya no puede partirse de la base de que la actuación del grupo Volkswagen fuese dolosa.[39] Se ha puesto de relieve que en caso de una condena penal la pretensión indemnizatoria derivaría exclusivamente del § 823.1 BGB en relación con el § 263 StGB y permitiría también la restitución de las prestaciones más una compensación por el uso del vehículo.[40]

Los tribunales alemanes también han resuelto litigios con carácter transfronterizo. Por ejemplo, se han presentado 825 demandas de consumidores españoles[41] frente a Audi AG ante el LG Ingolstadt. En Sentencia de 27 de octubre de 2023,[42] el tribunal bávaro determinó acertadamente la aplicabilidad del derecho español en base al art. 4.1 RRII,[43] descartó la posibilidad de declarar la resolución del contrato frente al fabricante, concedió una indemnización de 500 € por daños morales en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declaró que posibles daños materiales no habían quedado completamente acreditados y consideró que la existencia de un proceso penal en curso no tenía relevancia a los efectos de prescripción puesto que la demanda fue interpuesta, con el consiguiente efecto interruptivo, cuando aún no había transcurrido el plazo de prescripción del art. 1.964 CC. Se da la circunstancia que la demandante, que originariamente había formado parte de la acusación en el proceso penal español, había renunciado previamente a las acciones penales. Adicionalmente, se encuentra pendiente un proceso modelo regido aún por los §§ 606 ss. ZPO entre VW AG y la Verbraucherzentrale Südtirol en representación de aproximadamente 1.000 consumidores afectados residentes en Italia.[44]

---

38. Sentencia BGH, 26/06/2023— VIa ZR 335/21 (ECLI:DE:BGH:2023:260623UVIAZR335.21.0). Crítico al respecto STRAFNER, *Neue Juristische Wochenschrift*, «Beseitigung der Unzulässigkeit der Abschalteinrichtung statt Differenzschaden in Dieselfällen«, 2023, 2531-2535. Considerando que la indemnización prevista es demasiado baja THIEDE, *Europäische Zeitung für Wirtschaftsrecht*, «"Thermofenster", Sanktionen, Verbotsirrtümer und Nutzungsersatz«, 990-992 (991).

39. Auto BGH, 19/01/2021— VI ZR 433/19, (ECLI:DE:BGH:2021:190121BVIZR433.19.0).

40. SCHAUB, *Neue Juristische Wochenschrift*, «Die Diesel-Problematik zwischen europäischem und nationalem Recht», 2023, 2236-2239 (2239).

41. https://www.augsburger-allgemeine.de/wirtschaft/ingolstadt-825-dieselklagen-aus-spanien-beschaeftigen-ingolstaedter-richter-id66891406.html

42. LG Ingolstadt, Endurteil v. 27.10.2023 – 81 O 3625/19 Die e.

43. V. al respecto CRESPO HERNÁNDEZ, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, «El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel», (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, 414-429 (424-426).

44. https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Verbraucherrechte/VerbandsklageregisterMusterfeststellungsklagenregister/Verbandsklagenregister/Verbandsklagen/Klagen/202008/Verfahren/Verfahrensstand.html?nn=52994#doc78048bodyText2

En Francia, la Cour d'appel de Pau dictó el 7 de abril de 2021 una sentencia que concedía una indemnización de 4.000 € por daños morales y fue anulada el 7 de diciembre de 2022 por la Cour de Cassation tras haberse alegado con éxito la ininteligibilidad de su motivación. Las actuaciones fueron remitidas a la Cour d'appel de Burdeos.[45] Adicionalmente, el Tribunal judiciaire de Soissons, correspondiente a la sede de VW France, tiene pendiente de resolver una acción colectiva (art. L. 423-1 ss. Code de la consommation) presentada por la asociación de consumidores CLCV en representación de aproximadamente 946.000 afectados franceses, y que se justifica porque muchos de ellos no se han personado como parte civil en el proceso penal. Según parece se demanda la restitución de las prestaciones sin compensación por el uso del vehículo o una indemnización por daños y perjuicios equivalente a un 20-30% del valor del vehículo.[46] El día 27 de marzo de 2025 el Tribunal confirmó la admisibilidad de la acción contra Volkswagen AG, Volkswagen Group France y Volkswagen Group Automotive Retail France. A juicio del abogado de CLCV, la acción ejercitada y el proceso penal parisino «n'ont pas la même nature, pas la même finalité et n'impliquent pas forcément les mêmes parties».[47]

En Italia, la asociación Altroconsumo promovió una acción colectiva en representación de 63.136 consumidores. El proceso culminó en primera instancia con Sentencia de 7 de julio de 2021 del Tribunale de Venecia que afirmaba que los adquirentes de los vehículos afectados por el fraude habían sufrido un daño consistente en la lesión de su libertad de autodeterminación negocial como consumidores (art. 2 Codice del Consumo) y les concedía una indemnización de 3.000 € en concepto de daño patrimonial y de 300 € (10% adicional) en concepto de daño moral, reduciendo a la mitad la suma total de 3.300 € si el vehículo se había adquirido de segunda mano o había sido revendido entre el 15 de agosto de 2009 y el 26 de septiembre de 2015. Como orientación a la hora de fijar la cuantía el daño patrimonial, se citaban la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Madrid de 25 de enero de 2021 así como el acuerdo extrajudicial entre Volkswagen y VZBV. Se afirmaba además que el bien jurídico protegido por el art. 2 Codice del consumo era el mismo protegido en el tipo del delito de fraude en el ejercicio del comercio (art. 515 CP it.) y que de ello se derivaba la necesidad de indemnizar el daño no patrimonial. El ejercicio de la acción colectiva implicaba además que la valoración del daño debía ser una valoración equitativa de acuerdo con el art. 1226 CC it. La no necesidad de probar el daño derivaba a su vez del carácter sancionador y disuasorio del re-

45. Cour de cassation, pourvoi n° 21-19.345 (ECLI:FR:CCASS:2022:C100891).

46. https://annualreport2023.volkswagen-group.com/notes/other-disclosures/litigation.html

47. https://www.leparisien.fr/economie/dieselgate-une-action-de-groupe-contre-volkswagen-en-france-jugee-recevable-27-03-2025-HIRRCWVD3FGMTCVO3JS3HXZ7DI.php

sarcimiento que concurría con su típica función compensatoria.[48] Sin embargo, la Corte d'Apello consideró que el daño patrimonial no se había probado y solamente concedió la indemnización del daño moral, afirmando a su vez que todos los afectados debían recibir la suma prevista en primera instancia por dicho concepto con independencia de si el coche había sido o no revendido/adquirido en el mercado de segunda mano. No hubo ocasión para que se pronunciase la Corte Suprema di Cassazione puesto que el 15 de mayo de 2024 se anunció un acuerdo extrajudicial entre Altroconsumo y Volkswagen por el cual los consumidores representados por la primera recibirían una indemnización por un máximo de 1.100 €.[49]

El Tribunal Supremo austriaco ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre la materia. En Sentencia parcial de 21 de febrero de 2023[50] consideró en base a la STJUE en el asunto C-145/20 que era procedente una resolución contractual con compensación de la ventaja obtenida por el uso efectivo del vehículo e intereses sobre el precio pagado por el comprador. En Sentencia definitiva de 25 de abril de 2023[51] se consideró, sobre la base de la STJUE en el asunto C-100/21 que el codemandado (VW) había causado un daño al comprador del vehículo que se tradujo en la conclusión del contrato y se le condenó solidariamente con el vendedor a la restitución del precio con la compensación de la ventaja obtenida por el comprador. En Sentencia de 28 de septiembre de 2023,[52] dictada en relación con un vehículo usado adquirido en 2017 con un dispositivo de ventana de temperaturas, se estableció que alternativamente era posible solicitar una indemnización por la disminución del valor del vehículo, que —en la línea de lo establecido por el BGH alemán— debía oscilar entre un 5 y un 15% del valor de adquisición. Además de las pretensiones indemnizatorias ejercitadas en el marco del proceso penal, se han iniciado hasta 16 acciones colectivas (*Sammelklagen*) impulsadas por la asociación VKI. Finalmente, el 2 de octubre de 2024 VKI y VW llegaron a un acuerdo por el cual VW se comprometía a abonar a los consumidores representados por VKI un total de 23 millones de euros.[53] Teniendo en cuenta la postura de la jurisprudencia austriaca, la doctrina alemana ha criticado que el BGH solamente contemple el *großer Schadensersatz* en caso de daño contrario a la moral.[54]

---

48. Tribunale Venezia, Sección II, Sent. nº1423/2021 de 7 de julio.
49. https://www.altroconsumo.it/auto-e-moto/automobili/news/accordo-altroconsumo-volkswagen
50. 10 Ob 2/23a (ECLI:AT:OGH0002:2023:0100OB00002.23A.0221.000).
51. 10 Ob 2/23a (ECLI:AT:OGH0002:2023:0100OB00002.23A.0425.000).
52. 10Ob27/23b (ECLI:AT:OGH0002:2023:0100OB00027.23B.0928.000).
53. https://vki.at/Presse/PA-VW-Einigung-2024
54. SCHAUB, *Neue Juristische Wochenschrift*, «Die Diesel-Problematik zwischen europäischem und nationalem Recht», 2023, 2236-2239 (2237).

En Bélgica, el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas reconoció en julio de 2023 el derecho de los consumidores afectados que hubiesen adquirido el vehículo entre el 1 de septiembre de 2014 (fecha de entrada en vigor de la ley regulando las acciones colectivas) y el 22 de septiembre de 2015 a recibir una indemnización equivalente al 5% del valor del vehículo o al 5% de la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de reventa. El día 15 de abril de 2025, la asociación Test-Achats comunicó que se había llegado a un acuerdo con Volkswagen para gestionar el pago de las indemnizaciones.[55]

III. Cuestiones para el derecho procesal

1. Tutela judicial colectiva tras la directiva de acciones de representación

El caso Volkswagen y el *dieselgate* en general han actuado innegablemente como revulsivos para el desarrollo de los mecanismos de tutela (colectiva) de los consumidores por parte del legislador europeo.[56] Del mismo modo, si bien durante el debate parlamentario que condujo a la aprobación del proceso modelo alemán[57] en 2018 varios diputados del Bundestag negaron estar aprobando una «Lex VW», también se reconoció expresamente que el caso Volkswagen había actuado «como catalizador».[58] La eficacia de los procesos colectivos en el presente contexto queda confirmada en la práctica: como demuestra lo expuesto en relación con los procesos seguidos en Alemania, Italia y Austria, el grupo Volkswagen ha aceptado negociar con las asociaciones de consumidores cuando un proceso colectivo estaba a punto de ser concluido o para evitar que se pronunciasen instancias judiciales superiores. Desde este punto de vista, cabe lamentar especialmente que el proceso impulsado por la OCU no esté dando sus frutos.

Las acciones ejercitadas por los afectados (resultantes de un incumplimiento contractual/de la falta de conformidad del bien o de la existencia de responsabilidad extracontractual) traen causa de unos hechos que en esencia son los mismos, pero obedecen a los respectivos intereses individuales de un grupo —extensísimo— de personas que está determinado con precisión desde un

55. https://www.test-achats.be/mobilite/autos/news/accord-testachats-volkswagen-dieselgate

56. Basta con observar las repetidas alusiones al mismo en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Un nuevo marco para los consumidores, COM (2018) 183 final, y en particular en relación con las acciones de representación, 7.

57. Regulado en un primer momento en los §§ 606 a 614 ZPO y actualmente en los §§ 41 y 42 VDuG.

58. Como se puede observar claramente en el debate parlamentario de 14 de junio de 2018 (Plenarprotokoll 39/19, 3743-3754).

inicio, como prueban por ejemplo las cartas que recibieron los afectados. Se trata pues de intereses pluriindividuales o intereses individuales u homogéneos cuya tutela se ha perseguido ya sea de forma individual o colectiva. Lo último es recomendable por razones de eficiencia y también porque una acumulación de acciones difícilmente sería realizable ante la cantidad de demandas.[59] En lo sucesivo van a tratarse algunas cuestiones reguladas en reciente Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios de 14 de marzo de 2025[60] que pueden considerarse especialmente relevantes en el presente contexto y se aludirá a otras herramientas que se han propuesto para agilizar la respuesta judicial al *dieselgate* o a supuestos análogos.

A) Ejercicio de pretensiones derivadas del dieselgate mediante acciones de representación

La primera cuestión que plantea el nuevo marco legal es si podría servir para decidir sobre las concretas pretensiones indemnizatorias (y de otro tipo) que se han ejercitado en España en relación con el *dieselgate*. Teniendo en cuenta que en las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales no era usual la alegación de las normas del TRLGDCU sino que se optó por basar las pretensiones ejercitadas en las normas de derecho contractual general, debe saludarse favorablemente que en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se proponga «un ámbito de aplicación amplio, que dé cobertura al ejercicio de acciones frente a cualquier tipo de infracción en que se hayan visto perjudicados los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios. Con ello se cubre tanto lo previsto en la Directiva, que en su anexo remite a un vastísimo corpus normativo, resultado de la actividad legislativa de la Unión Europea en los más variados ámbitos en que puede aflorar una relación de consumo, como a cualquier otro supuesto de vulneración de los derechos del consumidor o usuario que no entre en dicho anexo.» El proyectado art. 831.1 LEC afirma que es posible, en concreto, la condena al pago de indemnizaciones, a la reparación o sustitución de los bienes adquiridos por los consumidores o al reembolso del precio pagado por estos. Se podrá igualmente pretender, entre otras, la resolución de los contratos en que se haya materializado la conducta infracto-

---

59. Cfr. en general CRESPO MORA, *Rev. crítica de Derecho inmobiliario*, «Las acciones colectivas para el resarcimiento de los perjuicios individuales de los consumidores: una relectura desde el Derecho civil», 2022 793, 2485-2530 (2491).

60. BOCG 14 de marzo de 2025 Núm. 48-1, p. 1. Llama la atención que a diferencia del Anteproyecto de Ley, el Proyecto de Ley no se refiera en general a acciones de representación, sino que hable de acciones colectivas como categoría general. V. sobre la terminología empleada GARNICA MARTÍN/FERRERES COMELLA/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/AGUILERA MORALES, *Diario La Ley*, «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», núm. 9983, de 22 de octubre de 2021, 1-11 (2), así como FERNÁNDEZ BENAVIDES, *Blog Hay Derecho*, Una primera aproximación al Anteproyecto de Ley de Acciones Colectivas.

ra o la reducción del precio de los bienes o servicios afectados por aquella. Del tenor de esta norma deriva la exclusión de impugnaciones de los respectivos contratos por vicios del consentimiento (usual en los casos resueltos en España) así como la eventual declaración de nulidad por infracción de norma imperativa. También en la Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz (VDuG) alemana se ha optado por incluir todos los litigios de naturaleza civil entre un consumidor y un empresario (§ 1.1 VDuG). Sin embargo, se ha optado por permitir también a las PYMES beneficiarse de las acciones de representación.[61]

La cuestión relativa a la homogeneidad de las pretensiones ejercitadas es clave en el presente contexto, en el que los afectados se ven afectados en esencia por ilegalidades análogas pero adquirieron vehículos de diferentes marcas, prestaciones y motores, nuevos o usados, siendo también diferentes eventuales daños materiales (afectaciones del rendimiento del vehículo) que hubiesen podido sufrir como consecuencia de la reprogramación. De acuerdo con el proyectado art. 847.2 LEC, la homogeneidad se apreciará cuando, en atención a la normativa sustantiva aplicable, resulte posible determinar la concurrencia de la conducta infractora, el daño colectivo cuyo resarcimiento se solicita y el nexo causal entre ambos sin necesidad de tomar en consideración aspectos fácticos o jurídicos que sean particulares a cada uno de los consumidores y usuarios. Según la Exposición de Motivos, «(s)emejante formulación habrá de concretarse teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso; su concreción corresponderá a la jurisprudencia mediante la aplicación de criterios técnicos, lógicos y de experiencia.»

De acuerdo con el § 15.1 VDuG la admisibilidad de la acción de resarcimiento depende de que las pretensiones de consumidores sean sustancialmente homogéneas, añadiéndose que este será el caso si las pretensiones se basan en el mismo caso o en un grupo de casos sustancialmente comparables y si fundamentalmente son decisivas para las pretensiones las mismas cuestiones fácticas o jurídicas. Precisamente porque se ha considerado que en los litigios asociados al caso Volkswagen el cómputo del daño en cada caso particular es complejo y requiere la prueba de la causalidad así como un examen del inicio de los plazos de prescripción en cada caso concreto, la doctrina alemana dudado en un primer momento de la admisibilidad de acciones de resarcimiento en relación con el *dieselgate*.[62] Sin embargo otros autores han considerado que sí habría suficiente homogeneidad sustancial y que en su caso sería el liquidador quien adjudicaría las distintas indemnizaciones de acuerdo con los criterios

61. VOLLKOMMER, [Zöller] *Zivilprozessordnung*, 35ª ed. 2024, «§ 1 VDuG», Rn. 4.

62. STADLER, *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, «Die neue Verbands(abhilfe)klage— Umsetzung der Richtlinie 2020/1828 2023», 129-151 (142 f.); SCHERER, [Köhler/Feddersen] *UWG*, 43ª ed. 2025, «§ 15 VDuG», Rn. 12.

establecidos en la sentencia. En las acciones en las que los consumidores están nombrados podría tomárseles declaración individualmente para determinar la causalidad o el momento en el que empieza el cómputo del plazo de prescripción.[63] Si las sumas indemnizatorias divergen entre sí, según la Exposición de Motivos de la VDUG la Sentencia debe contener una fórmula que permita su individualización.[64] De acuerdo con el Proyecto español, el proceso puede finalizarse con una Sentencia que determine la indemnización que debe recibir cada uno de los perjudicados, en su caso agrupados por categorías (art. 860.2 LEC) o bien puede dictarse una Sentencia parcial que se pronuncie sobre la responsabilidad y llevar a cabo la determinación de las indemnizaciones en una Sentencia posterior (art. 863 LEC).

Existe sin embargo unanimidad en el sentido de que no puede conocerse de forma unitaria de supuestos que, si bien se basan en los mismos hechos, están sometidos a un derecho material distinto de acuerdo con el RRI o el RRII. En este supuesto se considera que sería perfectamente admisible —y no discriminatoria por razón de la nacionalidad— una limitación de la demanda a los consumidores residentes en Alemania.[65] Ahora bien, si se ha propuesto la constitución de subgrupos de casos, por ejemplo en relación con el momento de la conclusión del contrato de compraventa,[66] tal vez sería posible constituirlos también tomando en consideración el derecho aplicable al fondo del asunto, de modo que una única entidad pudiera presentar una demanda en representación de consumidores de varios Estados miembros. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

En tercer lugar, la Directiva menciona los efectos del ejercicio de las acciones de representación para la prescripción en los Considerandos 65 y 66 y en el art. 16. De acuerdo con el Proyecto de Ley (art. 832 LEC) el ejercicio de una acción colectiva suspenderá la prescripción de las acciones individuales que competan a los consumidores y usuarios afectados para obtener el resarcimiento de los daños padecidos. El plazo de prescripción volverá a discurrir a partir del momento en que se exprese la voluntad de desvincularse de la acción y del resultado del proceso, en los términos establecidos por el artículo 848 LEC. Tal vez

---

63. Cfr. entre tanto STADLER/KRÜGER, [Musielak/Voit] *ZPO*, 21ª ed. 2024, «§ 15 VDuG», Rn. 2. A favor si se trata del mismo dispositivo ilegal o tipo de motor ALTHAMMER, [Zöller] *Zivilprozessordnung*, 35ª ed. 2024, «§ 15 VDuG», Rd-Nr. 3, 5. Por ejemplo, el EA 189, cfr. SOSSNA, *Betriebsberater*, «Das neue Abhilfeverfahren: Ein sachgerechteres Mittel des kollektiven Rechtsschutzes?», 2025 329-336 (334).

64. BT-Drucksache 20/6520, 77.

65. SCHERER, [Köhler/Feddersen] *UWG*, 43ª ed. 2025, «§ 15 VDuG», Rn. 22; ALTHAMMER, [Zöller] *Zivilprozessordnung*, 35ª ed. 2024, «§ 15 VDuG», Rd-Nr. 4.

66. Por ejemplo JANAL, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, «Die Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie», 2023, 985-995 (992). En contra SOSSNA, *Betriebsberater*, «Das neue Abhilfeverfahren: Ein sachgerechteres Mittel des kollektiven Rechtsschutzes?», 2025 329-336 (332).

no se ha optado por la interrupción, que es la solución típica (art. 1.973.1 CC), debido a la naturaleza *opt out* que estos procesos van a tener por regla general. Se plantea entonces si la desvinculación manifestada dentro del plazo previsto y el ejercicio individual de la acción tendría como consecuencia la interrupción de la prescripción. En este contexto, es interesante mencionar que en Alemania se ha regulado esta cuestión en el § 204a del Código civil. Según su apartado segundo, se suspende la prescripción por la pendencia de una acción de representación en el sentido de la Directiva ante un tribunal o una autoridad administrativa en otro Estado miembro y que persiga una decisión sobre cesación o sobre resarcimiento. En ambos casos la demanda debe haber sido presentada por una autoridad autorizada y versar sobre la legislación mencionada en el Anexo de la Directiva. En relación con acciones de resarcimiento, la suspensión termina a los 6 meses desde que el consumidor deja de participar en el proceso, especialmente con la retirada de la inscripción en el registro de acciones de representación.

B) Otras herramientas para agilizar la resolución de demandas masivas y contra la «huida de la casación»

Con el fin de agilizar las decisiones judiciales en procesos masivos, los tribunales de instancia alemanes (por ejemplo el LG Ingolstadt ante las 825 demandas de consumidores españoles) escogen a menudo un «proceso piloto» en el que concentran sus esfuerzos para trabajar de forma más eficiente. El BGH ha considerado recientemente que ello forma parte de las potestades de configuración procesal de un juzgado y que no puede considerarse que los procesos restantes simplemente «se dejen estar» puesto que se puede esperar que en el marco del proceso piloto se van a obtener conocimientos de los que se van a beneficiar el resto de procesos.[67] Ello recuerda por supuesto al procedimiento testigo introducido por el RD-Ley 6/2023 de 19 de diciembre, limitado sin embargo a acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación.

La huida de la casación, estrategia consistente en evitar o retrasar todo lo posible la resolución de recursos de casación (*Revisionsklage*) viene siendo observada ya desde hace tiempo por el propio BGH y por la doctrina de ese país. El BGH reaccionó en un primer momento con una estrategia de finalidad loable pero legalidad discutible: la publicación de «resoluciones judiciales indicativas»[68] (*Hinweisbeschlüsse*). Este tipo de resoluciones de carácter interno, de las que se sirve el órgano jurisdiccional civil para perfilar los términos fácticos y jurídicos

67. BGH, Urt. v. 9.3.2023 – III ZR 80/22, ECLI:DE:BGH:2023:090323UIIIZR80.22.0, n. 24.

68. La traducción es de ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret*, «El «dieselgate» ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva», 2020.3, 25-58 (48).

de la controversia advirtiendo de que se trata de su criterio provisional, sirvieron en particular en el presente contexto al BGH para dar a conocer su posición antes de la finalización del proceso. Sin embargo, se ha criticado que no está prevista la publicación de este tipo de resoluciones y que al utilizarlas no tanto como herramienta de dirección del proceso sino como medio de publicar su doctrina, el BGH estaría vulnerando la legislación procesal, que atribuye esta finalidad exclusivamente a la resolución judicial que ponga fin al recurso de casación.[69] En España, tal vez podría considerarse que una función equivalente la realizan los Acuerdos de los Plenos no jurisdiccionales de las Salas del TS.[70]

Siguiendo la línea iniciada con la «readaptación» de las resoluciones judiciales indicativas, el 31 de octubre de 2024 entró en vigor la Ley alemana para la introducción de un proceso de sentencia rectora ante el Tribunal Federal Supremo (*Gesetz zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof*, en lo sucesivo LeitEntschEG). Con ella se concede al BGH la potestad de elegir, de entre los recursos de casación que estén pendientes, a uno concreto que pasará a ser un «proceso de decisión rectora». Esta ley se explica no solamente por los numerosos procesos pendientes en instancias inferiores, sino por la ingente carga de trabajo que el caso Volkswagen ha supuesto y está suponiendo aún para el BGH: el 2023 se empezaron a tramitar 79 recursos de casación en la Sala especial para el *dieselgate* (VIa) y en 2024 fueron 30.[71] Según el nuevo § 552b ZPO, si la casación plantea cuestiones cuya decisión es relevante para una multitud de otros procesos, el tribunal puede, una vez recibida la contestación a la casación o transcurrido un mes desde la notificación de la motivación de la casación, declarar mediante Auto el recurso de casación como proceso de sentencia rectora. El Auto contiene una descripción del caso y de las cuestiones jurídicas cuya decisión es relevante para numerosos otros procesos. Se considera que el plazo fijado en el § 552b ZPO es una antelación mínima para la declaración y mayoritariamente se considera que no hay un plazo máximo para la misma. Esta declaración es una potestad del BGH y si hay varios recursos de casación que pueden resultar relevantes para un mismo grupo de casos, puede escoger uno de ellos. En este momento no está previsto dar audiencia a las partes.[72] Solamente se dictará una «decisión rectora», que tomará la forma de un Auto, en el supuesto de que la casación no termine sobre una sentencia

69. Cfr. para una exposición detallada ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret,* «El «dieselgate» ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva», 2020.3, 25-58 (48-51).

70. ORTELLS RAMOS, Aspectos críticos del Derecho procesal. Diálogos hispano-italianos en homenaje al Profesor Angelo Dondi, 2023, «La justicia civil y los proyectos de ley de eficiencia», 353-450 (424-425).

71. BGH, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs im Jahr 2023; Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs im Jahr 2024.

72. RÜPPEL/SCHÖNERMARK, *Wertpapier-Mitteilungen*, «Das Leitentscheidungsverfahren— Ein Beitrag zur effizienten Bewältigung von Massenverfahren?», 2025, 505-509 (506).

sobre el fondo, sino con la retirada del recurso o con una transacción de las partes. Previa audiencia a las partes, los tribunales de instancias inferiores tienen la posibilidad de declarar la suspensión de aquellos procesos que dependan de cuestiones jurídicas que son objeto de un proceso de decisión rectora pendiente. La suspensión no tendrá lugar si una de las partes se opone acreditando motivos de peso (§ 148 IV ZPO). La nueva ley ha sido objeto de crítica puesto que no se considera que vaya a contribuir de forma efectiva a agilizar la tramitación de los procedimientos y porque puede entrar en contradicción con principios procesales básicos.[73] A la vista de estas reflexiones, se ha propuesto la introducción en el proceso civil alemán de una cuestión previa al BGH, al estilo de la *saisine por avis* del derecho francés[74] y de la propuesta contenida en el Anteproyecto de LOPJ de 2014.[75] La casación *per saltum* (*Sprungrevision*) se ha considerado poco efectiva para lograr una decisión temprana del alto tribunal puesto que la parte contraria debe consentir (§ 566 ZPO).[76]

Por último, se ha propuesto la introducción de un proceso de prueba centralizada que se iniciaría a petición del demandante y que permitiría la participación como intervinientes de las partes en otros procesos. Ello podría afectar por ejemplo a dictámenes periciales. Los demás procedimientos relacionados podrían suspenderse hasta que se hubiese practicado la prueba.[77]

2. Competencia judicial internacional

También se caracteriza el supuesto estudiado porque la actuación del fabricante alemán produce efectos (dañosos) en todos los Estados en los que se adquirieron los vehículos afectados por la manipulación. Ello plantea, por un lado, la posibilidad/necesidad de litigios transfronterizos, entrando en juego las normas de competencia judicial internacional y derecho aplicable. Por otro lado, la anterior exposición permite constatar las importantes diferencias en el tratamiento que han recibido adquirentes de los vehículos afectados en distintos Estados miembros. Frente a ello se podría reaccionar con una concentración de los procesos ante los tribunales de un único Estado miembro o a una mejor coordinación de los procesos seguidos en los diferentes Estados miembros.

---

73. RÜPPEL/SCHÖNERMARK, *Wertpapier-Mitteilungen*, «Das Leitentscheidungsverfahren— Ein Beitrag zur effizienten Bewältigung von Massenverfahren?», 2025, 505-509 (507-508).

74. RAPP, *Juristenzeitung*, «Die ‚saisine pour avis' zum BGH – ein Zukunftsmodell für den Zivilprozess?», 2020, 294-302.

75. Cfr. ORTELLS RAMOS, *Aspectos críticos del Derecho procesal. Diálogos hispano-italianos en homenaje al Profesor Angelo Dondi*, 2023, «La justicia civil y los proyectos de ley de eficiencia», 353-450 (424-425).

76. RAPP, *Juristenzeitung*, Die ‚saisine pour avis' zum BGH – ein Zukunftsmodell für den Zivilprozess? 2020, 294-302 (296).

77. MEHRING, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, «Die ZPO braucht ein Musterbeweisaufnahmeverfahren», 2025, 10-13.

A) Fueros aplicables

Habiendo asumido la posibilidad de demandar al fabricante del motor en el Estado de su sede (art. 4.1 RBIbis), debe examinarse la posibilidad de demandarlo en el Estado de residencia del adquirente del vehículo. Hasta ahora, el TJUE ha afirmado en dos ocasiones que la competencia judicial internacional en el presente contexto puede basarse en el foro especial en materia delictual. En el asunto *Verein für Konsumenteninformation/Volkswagen AG*[78] el TJUE afirma en primer lugar que cuando determinados vehículos han sido equipados ilegalmente en un Estado miembro por su fabricante con un software que manipula los datos relativos a las emisiones de los gases de escape antes de ser adquiridos a un tercero en otro Estado miembro, el lugar de materialización del daño se halla en este último Estado miembro.[79] En el asunto *FCA Italy*[80] se afirmó que si el vehículo en cuestión ha sido objeto de un contrato de compraventa en un segundo Estado miembro y entregado al adquirente en un tercer Estado miembro, el lugar de materialización del daño se sitúa en este último Estado miembro. En relación con las demandas derivadas de la posterior instalación de un dispositivo de ventana de temperaturas se podría considerar que el evento generador del daño se produce en el Estado en el que habitualmente circula el vehículo y en el que se llevó a cabo la reprogramación por mucho que el nuevo dispositivo hubiese sido aprobado por la autoridad de origen. De demandar en este caso solamente a quien instaló el software, no podría hacerse en el Estado en el que este no actuó.[81] A pesar de que como consecuencia de la calificación extracontractual queda descartada la aplicación de la Sección 4ª del Capítulo II del RBIbis para los consumidores afectados, el lugar de materialización del daño va a estar situado por regla general en el Estado de residencia habitual del adquirente del vehículo, sea o no consumidor.[82]

La ubicación de la presente problemática en el seno del foro especial en materia delictual no sorprende teniendo en cuenta que en los procesos de los que partían las respectivas cuestiones prejudiciales se habían ejercitado pretensiones de carácter extracontractual. No obstante, el TS español ha asimilado a la

---

78. STJUE de 9 de julio de 2020 en el asunto C-343/19 (Verein für Konsumenteninformation/Volkswagen AG), ECLI:EU:C:2020:534.

79. Se considera que el hecho generador del daño es la instalación del software, pero también se podría considerar la instalación del software un acto preparatorio y el hecho dañoso la respectiva introducción del vehículo en el Estado en el que se comercializa, cfr. STADLER/KRÜGER, *IPRax*, «Internationale Zuständigkeit und deliktischer Erfolgsort im VW-Dieselskandal (zu EuGH, 9.7.2020 – Rs. C-343/19 – Verein für Konsumenteninformation ./. Volkswagen AG, unten S. 551, Nr. 40)», 2020, 512 (514 s.).

80. C-81/23 (MA v FCA Italy SpA and FPT Industrial SpA), ECLI:EU:C:2024:165.

81. CRESPO HERNÁNDEZ, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, «El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel», (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, 414-429 (420-421).

82. CRESPO HERNÁNDEZ, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, «El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel», (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, 414-429 (422).

sociedad VAESA, en tanto que asumió frente al demandante la responsabilidad propia del fabricante, a una parte contractual y lo ha justificado por la existencia de contratos conexos «entre el fabricante (o el importador) y el concesionario y, de otro, entre el concesionario y el comprador final (…) en los que se plasma esa relación económica que va desde la producción del automóvil hasta su entrega al destinatario final.»[83] Teniendo esto en cuenta, conviene preguntarse si podría recurrirse al art. 7.1 RBIbis para fundamentar la competencia de órganos jurisdiccionales españoles si los adquirentes de los vehículos dirigieran pretensiones indemnizatorias por responsabilidad contractual directamente frente a un fabricante con sede en otro Estado miembro. Esta cuestión se justifica plenamente teniendo en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el asunto *Kalfelis*, un juez que resulte competente en virtud del art. 7.2 RBIbis no es competente para decidir sobre aspectos de la demanda basados en fundamentos que no tengan carácter delictual.[84]

El carácter contractual o delictual de un asunto se determina en el marco del Reglamento de forma autónoma y por tanto con independencia de la postura adoptada por la *lex causae*.[85] El TJUE ha llevado a cabo una labor de decantación caso por caso cuyo resultado no siempre ha sido aplaudido por la doctrina. En el asunto *Brogsitter* se afirma que una acción estará comprendida en la materia contractual «si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud o, por el contrario, la ilicitud del comportamiento imputado al primero por el segundo».[86] Se ha considerado que los conceptos «contrato» y «pretensión contractual» deben interpretarse en sentido amplio.[87] En el asunto *Wikingerhof*, el TJUE ha afirmado que si «el demandante invoca, en su demanda, las normas sobre responsabilidad delictual o cuasidelictual, a saber, el incumplimiento de una obligación impuesta por la ley, y no resulta indispensable examinar el contenido del contrato celebrado con el demandado para apreciar el carácter lícito o ilícito del comportamiento reprochado a este último, por tratarse de una obligación que se impone al demandado con independencia de dicho contrato, la causa de la acción estará comprendida en la materia delictual o cuasidelictual».[88] En la doctrina se afirma que se determina de acuerdo

---

83. STS 561/2021 de 23 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3068), FD 5º.

84. STCE 27/09/1988 en el asunto 189/87 (Kalfelis), ECLI:EU:C:1988:459.

85. Al menos esta es la opinión mayoritaria, cfr. LEIBLE, *EuZPR/EuIPR. Band I: Zivilverfahren I. Brüssel Ia-VO, Lugano-Übk*, 5ª ed., 2021, «Art. 7 Brüssel Ia-VO», Rn. 14, 109; GOTTWALD *MünchKommZPO*, 2022, «Brüssel Ia-VO Art. 7», Rn. 4.

86. STJUE 13/03/2014 en el asunto C548/12 (Brogsitter), ECLI:EU:C:2014:148.

87. STADLER/KRÜGER, [Musielak/Voit] *ZPO*, 21ª ed.202 4, «Art. 7 EuGVVO», Rn. 2a.

88. STJUE 20/11/2020 en el asunto C-59/19 (Wickingerhof), ECLI:EU:C:2020:950.

con la *lex fori* si el órgano jurisdiccional solamente puede decidir en base a las normas de derecho material invocadas, pero al mismo tiempo se rechaza que el foro aplicable se pueda determinar exclusivamente en función de las normas que se aleguen.[89]

Sin embargo, no parece que este argumento pudiese ser suficiente para aplicar el foro contractual como consecuencia de una interpretación autónoma del Reglamento. En el presente contexto se ha mencionado acertadamente la STJUE en el asunto Handte,[90] según la cual no es aplicable el foro contractual «al litigio entre el subadquirente de una cosa y el fabricante, que no es el vendedor, por defectos de la cosa o por no ser esta adecuada para el uso al que está destinada».[91] Las pretensiones que la ley concede en caso de incumplimiento contractual no están recogidas en el contrato, pero tienen su origen en el incumplimiento de un deber contractual y la competencia judicial para conocer de las mismas debe determinarse en virtud del art. 7.1 RBIbis.[92] Ello plantea también la duda sobre si se podría basar en el foro contractual la demanda por la que se solicita la puesta en conformidad directamente frente a un productor en virtud del art. 125 TRLGDCU. En contra de ello parece hablar la STJUE en el asunto *Kolassa*,[93] que negó la posibilidad de fundamentar en el art. 15 RBI la competencia de los tribunales austriacos para conocer de la demanda de un consumidor que había adquirido un producto financiero de un tercero profesional frente al emisor del producto financiero.

Por último, es necesario dejar apuntada la relevancia que podrían tener, en un supuesto como el estudiado, las normas del RBIbis sobre litispendencia (art. 29) y conexidad (art. 30), particularmente en relación con acciones individuales y acciones de representación.[94]

---

89. STADLER/KRÜGER, [Musielak/Voit] *ZPO*, 21ª ed.202 4, «Art. 7 EuGVVO», Rn. 3.; UHLMANN/KERN, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, „Vertrags- und Deliktsgerichtsstand revisited – von Kalfelis bis Brogsitter zu Wikingerhof, Anmerkung zu EuGH, 24.11.2020 – C-59/19 – Wikingerhof GmbH & Co. KG ./. Booking.com BV», 2021, 50-56.

90. STJCE 17/07/1992 en el asunto C-26/91 (Handte v. Mécano Chimiques), ECLI:EU:C:1992:268.

91. CRESPO HERNÁNDEZ, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, «El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel», (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, 414-429 (419); ONANDIA CAÑAS, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, «La acción colectiva en la Unión Europea: ¿Es posible encajarla en el Reglamento Bruselas IIbis?», I-39, 297-321 (308); cfr. en general MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, 2016, «Article 7», Rn. 43.

92. LEIBLE, EuZPR/EuIPR. Band I: Zivilverfahren I. Brüssel Ia-VO, Lugano-Übk, 5ª ed., 2021, «Art. 7 Brüssel Ia-VO», Rn. 35.

93. STJUE 28/01/2015 en el asunto C-375/13 (Kolassa), ECLI:EU:C:2015:37.

94. Cfr. al respecto AGULLÓ AGULLÓ, Acción colectiva en defensa de los consumidores. Aspectos nacionales y tranfronterizos, 2023, 218-224.

B) Necesidad de una adaptación en relación con demandas colectivas de carácter transfronterizo

De lo expuesto se deriva que los afectados del *dieselgate* pueden demandar al fabricante en el Estado de materialización del daño, cosa que en principio les beneficia puesto que no tienen que contar con los gastos adicionales de la litigación en el extranjero. En este sentido, se ha indicado que, de mantenerse procesos separados en distintos Estados miembros, tal vez sería una buena idea que en procesos posteriores se aplicase el art. 30 RBIbis,[95] siempre que ello no comportase un retraso extraordinario. La litigación en el Estado de materialización del daño/de la residencia habitual comporta el riesgo —como se ha visto, nada desdeñable— de importantes divergencias de tratamiento de un mismo supuesto, hasta el punto de que en determinados Estados la mayoría de adquirentes de los vehículos decida no litigar. Si a ello se le suma que —como ha ocurrido en España— la vía de la tutela colectiva no termina de avanzar, el fabricante no tendrá ningún aliciente para negociar con las respectivas asociaciones de consumidores de ese concreto Estado.

La concentración de las demandas en el Estado en el que se produjo el hecho generador del daño (Estado del domicilio del demandado y en el que posiblemente se haya abierto también una causa penal, acaso la única admisible de acuerdo con el principio *non bis in idem*) unida a un proceso de prueba centralizado, o a la posibilidad de utilizar medios probatorios en varios procesos, podría resultar beneficiosa teniendo en cuenta la conexión estrecha (*Sachnähe*) del órgano jurisdiccional con los hechos. De ejercitarse una o varias acciones de representación, contribuiría seguramente a una mayor eficiencia que se pudieran concentrar ante un único órgano jurisdiccional especializado, creando por ejemplo una Sala *ad hoc* o atribuyéndose medios adicionales. El § 3 de la ya citada VDuG alemana, por ejemplo, establece la competencia del *Oberlandesgericht* del partido en el que tiene el foro general el demandado. El art. XVII.1/4. del Código de derecho económico belga, el presidente del Tribunal de la empresa de Bruselas es competente para conocer de las acciones de cesación transfronterizas a fin de proteger los intereses colectivos de los consumidores o de las PYMES. En este sentido, debe recordarse que el art. 7 RBIbis determina la competencia territorial, no así el art. 4.[96] En sentido, el Cdo. 31 de la Directi-

---

95. CRESPO HERNÁNDEZ, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, «El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel», (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, 414-429 (422).

96. MANKOWSKI *EuZPR/EuIPR. Band I: Zivilverfahren I. Brüssel Ia-VO, Lugano-Übk*, 5ª ed., 2021, «Artikel 4 Brüssel Ia-VO», Rn. 23. V. en relación con el art. 7 la cuestión prejudicial planteada por el Rechtbank Amsterdam (Países Bajos) el 18 de enero de 2024 — Stichting Right to Consumer Justice, Stichting App Stores Claims / Apple Distribution International Ltd, Apple Inc. (Asunto C-34/24 Stichting Right to Consumer Justice y Stichting App Stores Claims) CRESPO HERNÁNDEZ, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, «El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel», (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, 414-429 (424).

va 2020/1828 manifiesta que «las entidades habilitadas de distintos Estados miembros deben poder unir fuerzas en una única acción de representación ante un único foro, de conformidad con las correspondientes normas en materia de competencia judicial. Esto debe entenderse sin perjuicio de la prerrogativa del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa que conozca del asunto de examinar si la acción de representación es apta para ser tramitada como acción de representación única.» Por su parte, el Cdo. 23 de la Directiva alude a este supuesto cuando afirma que «(c)uando una entidad habilitada ejercite una acción de representación en el Estado miembro en el que haya sido designada, dicha acción debe considerarse una acción de representación nacional, aun cuando se ejercite frente a un empresario domiciliado en otro Estado miembro o mediante dicha acción se represente a consumidores de varios Estados miembros.» Sin embargo, como alegaban quienes recurrían contra el traslado de la causa penal española a Alemania, ello vendría acompañado necesariamente de mayores costes, y además se impondría al órgano jurisdiccional receptor la obligación de resolver aplicando en paralelo numerosos derechos materiales extranjeros en virtud del art. 4 RRII, cuyo contenido debería ser previamente objeto de prueba y de interpretación.

En realidad, lo afirmado en el Cdo. 31 debe entenderse como un desiderátum, puesto que la posibilidad de que varias entidades presenten una única acción de representación depende no solo del contenido de las actuales normas sobre competencia judicial internacional en el RBIbis, que actualmente ya admiten esta posibilidad aunque sea solamente por la vía del art. 4.1, sino también de las normas de derecho internacional privado y de su incidencia en el cumplimiento del requisito de la homogeneidad de la acción. También la posibilidad de que una entidad actúe en representación de consumidores de varios Estados miembros prevista en el Cdo. 23 debe entenderse supeditada a que, en virtud de las normas de conflicto correspondiente, las demandas de estos consumidores quedasen sometidas a un mismo derecho y concurriera por tanto el requisito de la homogeneidad. El derecho aplicable al fondo del asunto podría determinar adicionalmente la inadmisión a trámite si la acción no se basase en el corpus normativo previsto en el Anexo de la Directiva 2020/1828 y la transposición nacional aplicable no hubiese optado por convenientemente su ámbito de aplicación.

En todo caso, si las reglas de competencia internacional lo permiten, tendría que ser posible que llegasen a un mismo tribunal varias acciones de representación (colectivas) transfronterizas impulsadas por entidades de varios Estados miembros. En relación con las acciones colectivas transfronterizas, el juez español tendrá que optar necesariamente por la modalidad *opt in*, en cumplimiento con el art. 9.3 de la Directiva.

Se ha puesto de relieve que ni los Reglamentos Roma ni los Reglamentos Bruselas contemplan supuestos de tutela colectiva, cosa que limita las posibilidades de aplicación de las respectivas transposiciones de la Directiva (UE) 2020/1828 en supuestos transfronterizos.[97] Lo cierto es que actualmente el RBI bis no permite presentar una demanda ante un tribunal que no sea el del lugar en el que el/los propio/s demandante/s ha/n sufrido el daño o bien el del domicilio del demandado.[98] Así pues, en principio los tribunales del lugar en el que un grupo de consumidores ha sufrido el daño no son competentes para conocer de demandas presentadas por entidades en representación de otros consumidores también representados en la misma demanda pero que han sufrido el daño en otro Estado miembro. Esto es lo que intentó la entidad neerlandesa *Diesel Emissions Justice Foundation* (DEFJ).[99] Según parece, la razón de ser de este tipo de demandas no es la conexión estrecha del órgano jurisdiccional con los hechos o (estrictamente) la protección de los consumidores/afectados, sino que puede venir motivada por la voluntad de beneficiarse de mejores instrumentos procesales para la tutela colectiva como el WCAM neerlandés.

3. Responsabilidad civil derivada de delito y traslado de la causa a Alemania

Como ya se ha expuesto, el proceso penal abierto en España se cerró en falso tras el traslado de la causa a Alemania. Tanto el TS como el TC afirmaron que quedaba a salvo la posibilidad de los afectados personados de hacer valer sus pretensiones de naturaleza civil ante los tribunales españoles (o alemanes).[100] De acuerdo con el art. 111 LEC, las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme. Adicionalmente, el art. 114 LECr, que debe ponerse en relación con el art. 40 LEC, establece que promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal. Como consecuencia, se interrumpe la prescripción de la acción civil hasta el día en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente han adquirido

97. CRESPO HERNÁNDEZ, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, «El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel», (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, 414-429 (428).

98. SCHNEIDER/CONRADY/KAPOOR, *Betriebsberater*, «Die Abhilfeklage— Eine ernstzunehmende Konkurrenz für die Abtretungsmodelle?«, 2023, 2179-2189 (2182).

99. Cfr. CRESPO HERNÁNDEZ, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, «El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel», (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, 414-429 (423, n. 55).

100. V. supra II.1.

firmeza.[101] Ahora bien, de acuerdo con el art. 40 LEC la suspensión del proceso civil en caso de que se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio no es automática, sino que requiere la concurrencia de los requisitos de su apartado segundo.

De ello se deriva claramente que la interrupción de la prescripción (o, en su caso, de la caducidad) tampoco es automática, sino que está ligada a la necesidad de paralizar el proceso civil en el caso concreto. Como pone claramente de manifiesto el Tribunal Supremo en la Sentencia nº463/2022 de 2 de junio de 2022[102] (con cita de la Sentencia nº47/2003, de 19 de febrero: «56. Esta reacción se acentúa en el supuesto de que el enjuiciamiento de determinadas conductas se efectúe en el ámbito de un proceso penal, habida cuenta del carácter exclusivo y excluyente que tiene la jurisdicción penal respecto de cualquier otro órgano jurisdiccional, de acuerdo con el principio tradicional según el cual «*le criminel tient le civil en êtat*» [lo penal prevalece sobre lo civil], lógica consecuencia del principio de investigación de oficio en busca por el Estado de la verdad material [...]». A la vista de ese fundamento se comprende que, como ya declaró la sentencia 27/2009, de 11 de febrero, en aquel caso en relación con la interrupción de la prescripción, que ésta «no tiene lugar automáticamente por la mera existencia de un procedimiento penal, sino que se requiere que verse sobre el hecho presuntamente delictivo y que la calificación sea indispensable para el procedimiento civil. En consecuencia, se exige que se produzca una identidad de procesos sobre el mismo hecho, por lo que no tiene sentido seguir un proceso civil que puede acabar con una sentencia coincidente o contradictoria y es por ello que se interrumpe la prescripción». Por tanto, la clave radica en decidir si los hechos investigados en el proceso penal y los que han sido objeto de la demanda civil «son sustancialmente los mismos y su calificación, o la declaración de inexistencia en vía penal, habría podido vincular a la jurisdicción civil» (sentencias 47/2003, de 19 de febrero, y 112/2022, de 15 de febrero). 3.7. Pues bien, esta cuestión (el posible carácter decisivo o determinante del pronunciamiento penal en el proceso civil), en relación con el procedimiento penal suscitada ante la Audiencia Nacional en relación con la OPS de Bankia, fue resuelto por la sentencia de esta sala 24/2016, de 3 de febrero, al decidir sobre la petición de suspensión por prejudicialidad penal de un procedimiento civil sobre error del consentimiento en la adquisición de acciones emitidas en la citada OPS. En esa resolución aclaramos que, si bien «los tribunales civiles deben partir de los hechos declarados probados por las resoluciones firmes dictadas por tribunales de la jurisdicción penal, y, en especial, no pueden basar su decisión en la existencia de unos hechos que una

101. Entre otras muchas STS nº339/2020 23/06/2020, ECLI:ES:TS:2020:2001.

102. ECLI:ES:TS:2022:2150.

sentencia penal haya declarado inexistentes», sin embargo, «ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de los criterios de valoración propios de una y otra jurisdicción y de los diferentes principios que informan el proceso civil y el proceso penal, o, más exactamente, el ejercicio privado de los derechos y el ejercicio del *ius puniendi*».»

Todo ello genera dos interrogantes de peso: en primer lugar, y teniendo en cuenta las numerosísimas sentencias dictadas hasta la fecha en el orden jurisdiccional civil, debe reflexionarse sobre si se ha interrumpido la prescripción por el proceso penal (mejor dicho, los procesos penales) en curso y en relación con qué pretensiones. En segundo lugar, y ya desde un punto de vista más general, cabe plantearse cómo encaja el marco legislativo descrito en procesos en los que una pluralidad de sujetos, muchos de ellos consumidores o incluso PYMES, se personan o son representados por una entidad con legitimación en un proceso penal que pueda tener, en relación con la responsabilidad penal y o civil, elemento de extranjería.

A) Suspensión del proceso civil e interrupción de la prescripción por el proceso penal en curso

Pese a que la incoación de la causa penal a finales en 2015 podía considerarse un hecho notorio, lo cierto es que la posible relevancia del Procedimiento Abreviado 91/2015-C rara vez ha sido tematizada en los numerosos procesos civiles que hasta la fecha han culminado en España. Solamente ha sido posible identificar cuatro decisiones de Audiencias Provinciales que traten la cuestión, y lo hacen además de forma bastante somera:

— La SAP Vizcaya (Sección 4ª) nº 224/2017 de 23 de marzo[103] tenía su origen en una reclamación de cantidad de Volkswagen Finance, S.A. ante el incumplimiento del contrato de financiación de un vehículo de la marca que contaba con dispositivo de desactivación. Frente a ello se alegaba, entre otras cuestiones, la existencia de dolo por la existencia de software manipulado en el vehículo. En apelación, la entidad financiera alegó infracción legal por no aplicar prejudicialidad penal. La Audiencia apreció con razón que no se daban los requisitos del art. 40.2.1 LEC «pues los hechos investigados no fundamentan las pretensiones en el procedimiento civil, en tanto el actor lo hace en un contrato de financiación de vehículos, y la apelante no consta se haya dirigido contra la marca o el vendedor del vehículo fi-

103. ECLI:ECLI:ES:APBI:2017:651, FD 2.

nanciado para hacer alguna reclamación.» También afirmó que «la decisión del tribunal penal podría, de prosperar, suponer la existencia de los delitos de fraude denunciados, pero no tendría influencia decisiva en el procedimiento de autos.»

— La SAP Valladolid Sección 3ª, de 21 de noviembre de 2017,[104] citada en muchas ocasiones por otras AAPP, descarta la existencia de un incumplimiento contractual de carácter esencial y resolutorio, pues «dejando al margen —por no ser competencia de esta jurisdicción civil eventuales responsabilidades de orden administrativo e incluso penal en que hay podido incurrir el fabricante de los vehículos afectados por la instalación del software o ardid informático de litis— lo que aquí importa y ha quedado acreditado es que el vehículo del actor es apto para circular y lo hace con las debidas condiciones de uso y seguridad tanto desde el punto de vista técnico como legal contando con todas las autorizaciones administrativas en vigor, sin que hayan sido anuladas o suspendidas por la autoridad competente.»
— En la SAP Madrid (Sección 10ª) nº 332/2018 de 17 de julio de 2018,[105] que decidía sobre la existencia de dolo (art. 1.269 CC), una posible resolución por incumplimiento (art. 1.124 CC) y una posible indemnización en base al art. 1.101 CC, se consideró que «(e)n este sentido es de razonar que, como es sabido, para que surja una cuestión prejudicial penal es necesario el carácter decisivo de la calificación jurídico-penal en la resolución del pleito civil, *id est*, que la calificación definitiva de una conducta afecte al sentido del fallo que se pronuncie en este orden jurisdiccional civil, lo que no acontece en el supuesto controvertido, en que en absoluto tendría incidencia alguna la resolución que recaiga en el procedimiento penal tendrá influencia alguna en la sentencia que se emite en este orden jurisdiccional, donde no ha existido desplazamiento patrimonial alguno mediante argücia *(sic)*, como tampoco la tendría una condena por los demás delitos que aduce que se imputan, con lo que la prejudicialidad penal es inexistente, ni desnaturaliza en absoluto el auto dictado el 4/10/2017 (folios 836 y ss).»
— Por último, en el AAP Barcelona (Sección 14ª) nº 113/2019 de 4 abril de 2019[106] se levanta la suspensión acordada por el JPI en un proceso en el que la demandante, consumidora personada en la causa penal, solicitaba la sustitución del vehículo, subsidiariamente la resolución del contrato y por último el resarcimiento de los gastos en los que la demandante pudiera incurrir como consecuencia de la manipulación del vehículo. La Audiencia citó la STS dictada en el asunto BANKIA y concluyó, en primer lugar, que «(l)a escasez de la información documental generada por el Juzgado

104. ECLI:ES:APVA:2017:1424.

105. ECLI:ECLI:ES:APM:2018:11557.

106. ECLI:ECLI:ES:APB:2019:2005A.

> Central nº2 proporcionada por la parte actora no nos permite concretar cuáles son realmente los hechos investigados por aquel Juzgado y su identidad de razón con los que son objeto de este pleito civil.» En segundo lugar, afirmó que «(c)on la información de que disponemos, atendiendo a las diferentes calificaciones jurídicas que unos mismos hechos puedan tener en la jurisdicción civil y la penal, los diferentes principios que informan cada jurisdicción, y la diferente valoración probatoria de cada una de ellas, que en el proceso penal tiene un estándar de prueba más alto, consideramos que la resolución que ponga fin a la causa penal, sea del tipo que sea, no tendrá una influencia decisiva en la resolución de este litigio civil. En definitiva, no se cumplen los requisitos del art. 40.2 de la LEC.»

Las sentencias citadas, en definitiva, parten de la base de que el resultado de la causa penal no tiene relevancia en relación con las pretensiones que ejercitan las partes. La posible existencia de una responsabilidad civil derivada de delito no ha sido tomada en consideración, habiendo considerado el TS que procede una indemnización por daños morales en virtud del art. 1.101 CC. Tampoco se ha valorado, por ejemplo, si una condena por estafa del fabricante podría tener consecuencias para la validez de los contratos de compraventa.

En relación con una hipotética responsabilidad civil derivada de delito, si se ejercita la acción civil en el marco del proceso penal la interrupción de la prescripción se ha producido simplemente en virtud del art. 1.973 CC. Si por el contrario existe una reserva de la acción civil, la interrupción (o, más concretamente, el no inicio del cómputo del plazo correspondiente) deriva de la imposibilidad de su ejercicio (art. 1.969 CC).[107]

B) Ejercicio de la acción civil en un proceso penal colectivo y transfronterizo

En particular teniendo en cuenta la importancia que el principio *non bis in idem* tiene a nivel europeo es muy posible que el supuesto aquí estudiado no sea el último en el que consumidores de diversos Estados de la Unión Europea pretendan ejercitar acciones civiles en el marco de un proceso penal celebrado en otro Estado miembro. La competencia judicial internacional se basa en este caso en el art. 7.3 RBIbis.[108] Se considera que en virtud de este foro solamente pueden ejercitarse pretensiones de carácter delictual y que no pueden resolver-

---

107. ALBALADEJO GARCÍA, *La prescripción extintiva*, 2004, 300; GUTIÉRREZ PEÑA, *Notas de la usucapión, prescripción extintiva y caducidad*, 2008, 310 ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2007, 179 s.

108. En relación con acciones civiles presentadas contra Volkswagen en un proceso penal español CRESPO HERNÁNDEZ, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, «El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel», (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, 414-429 (419).

se pretensiones contractuales de carácter indemnizatorio o de reparación por incumplimiento contractual.[109] El derecho material aplicable se determinaría en función del art. 4 RRII.[110]

Por otro lado, tampoco va a ser este el último supuesto en que en un proceso penal con elemento transfronterizo se ejerciten de forma masiva acciones civiles, en su caso a través de asociaciones legitimadas.[111] De haber ejercitado la acusación particular una asociación, debe considerarse que tanto la renuncia a la acción civil como la reserva de la acción para un proceso civil posterior deben manifestarse por el propio titular de la acción civil.[112] Adicionalmente, debería esclarecerse si la interrupción de la prescripción habría beneficiado a todos los afectados o solamente a aquellos que se hubiesen personado en la primitiva causa penal. Ello podría depender de si las asociaciones de consumidores que ejercitaron la acción civil lo hicieron simplemente en representación de sus asociados, supuesto en que la interrupción solo beneficiaría a los asociados y a los consumidores que ejercieron la acusación a título particular o de si lo hicieron en defensa de un interés colectivo de los afectados.[113]

En el presente contexto se plantea concretamente qué efectos sobre la prescripción de las acciones de responsabilidad civil derivada de delito tuvo el traslado de la causa a Alemania. Después de que por Auto del Juzgado Central de Instrucción nº2 de la AN de 4 de marzo de 2022 se reconociese el «legítimo interés de los titulares de los vehículos afectados por el fraude de las emisiones contaminantes provocado por el grupo Volkswagen, en conocer que el procedimiento continuará su tramitación en Alemania, al objeto de que, en su caso, puedan personarse en el mismo, toda vez que no es posible hacerlo en el presente, así como para el posible ejercicio de las acciones civiles pertinentes», en el mismo Auto se ordenaba al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo que se informase a los perjudicados de la transmisión del procedimiento a las autoridades judiciales de Alemania y de que podrían «ejercer sus acciones penales mediante su personación en el proceso penal tramitado en Alemania o, en su caso, las acciones civiles que estimen oportunas en nuestro país.» Al considerar que dicha notificación tenía por destinatario a una pluralidad indeterminada

---

109. LEIBLE, EuZPR/EuIPR. Band I: Zivilverfahren I. Brüssel Ia-VO, Lugano-Übk, 5ª ed., 2021, «Art. 7 Brüssel Ia-VO», Rn. 145.

110. CRESPO HERNÁNDEZ, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, «El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel», (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, 414-429 (424-426).

111. Cfr. al respecto ARNÁIZ SERRANO, *La acción civil en el proceso penal. Elementos subjetivos*, 2004, 203-214.

112. BONACHERA VILLEGAS, *Actualidad Civil, Nº 6, Sección Persona y derechos*, «Una vuelta de tuerca en el Caso Dieselgate», 2023, 1-15 (9).

113. BONACHERA VILLEGAS, *Actualidad Civil, Nº 6, Sección Persona y derechos*, «Una vuelta de tuerca en el Caso Dieselgate», 2023, 1-15 (9-10).

de personas, la misma se publicó en el BOE.[114] No tardaron en aparecer informaciones periodísticas que afirmaban que con dicha comunicación se iniciaba un nuevo plazo de prescripción de cinco años para los afectados.[115] Tal y como se ha puesto de relieve, la comunicación a los perjudicados funciona, en todo caso, como un ofrecimiento de acciones.[116]

Como ya se ha indicado, no existe en Alemania un único proceso penal como consecuencia del caso Volkswagen: dejando de lado el proceso que culminó en la sanción administrativa al grupo empresarial (sanción que en España se ha considerado de naturaleza penal, al menos a los efectos del *non bis in idem*), el proceso por el que se afirmó la responsabilidad penal del antiguo presidente de Audi AG y los dos procesos pendientes en OLG Brunswick que podrían considerarse los «herederos» del proceso español. A los efectos de determinar el momento en el que pudiera acudirse a los tribunales civiles, debería esclarecerse cuál de estos procesos determinaría el fin de la interrupción de la prescripción. También podría considerarse que la condena del expresidente y de otros directivos de Audi AG puede tener relevancia para los adquirentes de vehículos de dicha marca. En cuanto a los dos procesos ubicados en Brunswick, también debería esclarecerse si la interrupción terminaría con la primera condena o si debería esperarse a una resolución sobre la responsabilidad penal de todas las personas físicas encausadas. De haber beneficiado la interrupción de la prescripción a todos, se plantearía teóricamente la ingente tarea de notificarles a todos ellos la sentencia firme.

El ejercicio de la acción civil en el marco de un *Adhäsionsverfahren* (§§ 403 y ss. *Strafprozessordnung*) es posible, de acuerdo con el § 404 StPO, de forma oral u escrita desde el inicio de las diligencias penales y hasta el comienzo de las conclusiones en la vista oral, pero se admite también en la apelación.[117] De acuerdo con el § 403 StPO el perjudicado o su heredero puede ejercitar en el proceso penal la pretensión de carácter patrimonial que resulte de un delito y que no haya ejercitado ya en otro proceso. El tribunal puede optar por no decidir sobre la demanda si considera que no es adecuado resolverla en el marco del proceso penal, particularmente porque retrasaría de forma considerable el proceso. El principio «*le criminel tient le civil en état*», propio de los Estados

---

114. Anuncio de la Subdirección General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con la Administración de Justicia, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, por el que se notifica el Auto de 4 de marzo de 2022 del Juzgado Central de Instrucción nº 002 Audiencia Nacional. Diligencias Previas. Proc. Abreviado 0000091/2015-C. Transmisión de la causa penal a las autoridades judiciales de Alemania, «BOE» núm. 153, de 27 de junio de 2022, 31493-31493.

115. https://www.europapress.es/motor/sector-00644/noticia-audiencia-nacional-ordena-notificar-afectados-dieselgate-20220304185521.html

116. BONACHERA VILLEGAS, *Actualidad Civil, Nº 6, Sección Persona y derechos*, «Una vuelta de tuerca en el Caso Dieselgate», 2023, 1-15 (9-10, nota 30).

117. SCHREINER, *Münchener Kommentar zur StPO*, «§ 404 Antrag; Prozesskostenhilfe», 2024, Rn. 2.

romanistas,[118] es desconocido, por ejemplo, en Alemania y Austria. De hecho, en Alemania es raro que el juez penal resuelva sobre acciones civiles.

Por otro lado, el § 149 ZPO concede al juez alemán la facultad de suspender el proceso civil si durante el mismo aparecen indicios de la comisión de un delito cuya investigación pueda influir en el resultado del pleito. En el proceso seguido en el LG Ingolstadt mencionado más arriba se planteaba la cuestión de la relevancia proceso penal en relación con la posible prescripción de las pretensiones ejercitadas e incluso sobre la posibilidad de decidir sobre el fondo del asunto. Al ser esta una cuestión procesal, debe regirse exclusivamente por la *lex fori*. Por tanto, el juez alemán puede ignorar las reglas procesales del Estado cuyo derecho material está aplicando[119] y aplicar en su caso el § 149 ZPO. En el presente contexto, hubiese podido tener en cuenta cómo se ha aplicado en España el art. 40 LEC, puesto que ello implica un juicio del juez español sobre la relevancia del proceso penal en un proceso civil en el que se estaban ejercitando pretensiones de carácter contractual.

IV. Conclusiones

Lo expuesto permite llegar a las siguientes conclusiones:

1) El TJUE ha confirmado que el dispositivo de ventana de temperaturas supone una falta de conformidad. Por tanto, son aplicables los remedios que el TRLGDCU establece, o bien para una nueva falta de conformidad o bien (más exactamente, según parece) para el fracaso de una puesta en conformidad. A la vista del art. 125 TRLGDCU, es cuanto menos dudoso que el remedio de la resolución previsto en este último texto legislativo pueda ejercitarse frente al productor; como mucho ello podría plantearse si la inclusión de la ventana de temperaturas pudiera llegar a considerarse no solo una falta de conformidad que no es de escasa importancia, sino también un incumplimiento resolutorio que abriese la puerta a la aplicación del art. 1.124 CC. Sería interesante que el Tribunal Supremo tuviese la oportunidad de pronunciarse sobre si la flexibilización del principio de relatividad de los contratos abarca también la posibilidad de declarar la resolución frente

118. Sobre el derecho español GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 9ª ed. 2024, Rn. 115d. Sobre el derecho francés WILHELMI, *IPRax*, «Vom Vorrang der Strafjustiz gegenüber der Zivilrechtspflege im französischen Recht und seiner Bedeutung für das intrnationale Schiedsverfahren«, 2007, 348-353 (348-349). En general sobre las distintas soluciones para el ejercicio de la acción civil y con exposición de las ventajas y desventajas del sistema español de acumulación de acciones (por ejemplo, las dilaciones) BUSTO LAGO, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Nº 17, Sección Doctrina*, «El responsable civil en el proceso penal en la perspectiva de la reforma de la Justicia Penal:cmodelos comparados y problemas del vigente sistema de acumulación potestativa», 2004, 4-7.

119. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 9ª ed. 2024, Rn. 115d.

al fabricante del vehículo, con la consiguiente restitución de prestaciones. Con ello se lograría un resultado parecido a la aplicación del § 826 BGB, solución que no tiene cabida en el derecho de obligaciones español.

2) La estrategia seguida por el grupo Volkswagen en Europa ha pasado por litigar siempre que ha sido posible y llegar a acuerdos con los consumidores solamente para evitar la finalización de procesos colectivos y/o la resolución de recursos de casación.
3) El desarrollo de instrumentos de tutela colectiva de consumidores (y eventualmente de otros sujetos que también estén en una situación de desequilibrio, como PYMES) es clave para lograr una tutela judicial ágil. El ejercicio de una única acción de representación por una entidad que represente a consumidores con residencia habitual en varios Estados miembros no cumple con el requisito de la homogeneidad, pero sería posible la concentración de varias acciones de representación correspondientes a afectados con residencia habitual en varios Estados miembros ante un único órgano jurisdiccional del domicilio del demandado. La estrategia consistente en impulsar un «proceso piloto» también puede contribuir a agilizar la actuación de los órganos jurisdiccionales. De todos modos, la litigación en el extranjero comporta dificultades adicionales para los consumidores y para los propios tribunales, que tienen que resolver en base a un derecho extranjero. La implementación de procesos colectivos eficientes en los respectivos Estados miembros, competentes en virtud del art. 7.2 RBIbis, tal vez acompañados de procesos de prueba centralizada, también representaría un avance importante.
4) El tratamiento procesal de la responsabilidad civil derivada de delito en la LECr está pensado para delitos enjuiciados en España y en procesos en los que intervienen pocos afectados.

V. Bibliografía

Agulló Agulló, *Acción colectiva en defensa de los consumidores. Aspectos nacionales y tranfronterizos*, 2023.

Albaladejo García, *La prescripción extintiva*, 2004.

Althammer, [Zöller] *Zivilprozessordnung*, 35ª ed. 2024, «§ 15 VDuG».

Arnáiz Serrano, *La acción civil en el proceso penal. Elementos subjetivos*, 2004.

Arroyo I Amayuelas, *Journal of European Consumer and Market Law*, «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», 2022, 35-40.

Bonachera Villegas, *Actualidad Civil, Nº 6, Sección Persona y derechos*, «Una vuelta de tuerca en el Caso Dieselgate», 2023, 1-15.

Busto Lago, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Nº 17, Sección Doctrina*, «El responsable civil en el proceso penal en la perspectiva de la reforma de la Justicia Penal: modelos comparados y problemas del vigente sistema de acumulación potestativa», 2004.

CARRASCO PERERA, *Análisis GA_P*, «Dieselgate: soluciones contractuales y extracontractuales», 2020, 1-6.

CARRASCO PERERA, *Revista CESCO*, «Más allá del Dieselgate: El insostenible caso en favor de los remedios sostenibles en las ventas al consumidor», 45/2023, 1-28.

CARRASCO PERERA; Publicaciones jurídicas Centro de estudios de consumo, Los compradores del «Dieselgate» por segunda vez ante el Tribunal Supremo», 2021, 1-4.

CRESPO HERNÁNDEZ, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, «El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel», (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, 414-429.

CRESPO MORA, *Rev. crítica de Derecho inmobiliario*, «Las acciones colectivas para el resarcimiento de los perjuicios individuales de los consumidores: una relectura desde el Derecho civil», 2022 793, 2485-2530.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2007.

DÍEZ SOTO, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, «Algunas reflexiones entorno a la respuesta jurisprudencial al *Dieselgate*», (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, 552-570.

FERNÁNDEZ BENAVIDES, *Blog Hay Derecho*, Una primera aproximación al Anteproyecto de Ley de Acciones Colectivas.

GARNICA MARTÍN/FERRERES COMELLA/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/AGUILERA MORALES, *Diario La Ley*, «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», núm. 9983, de 22 de octubre de 2021, 1-11.

GEIMER, Internationales Zivilprozessrecht, 9ª ed. 2024.

GOTTWALD *MünchKommZPO*, 2022, «Brüssel Ia-VO Art. 7».

GUTIÉRREZ PEÑA, *Notas de la usucapión, prescripción extintiva y caducidad*, 2008.

JANAL, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, «Die Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie», 2023, 985-995.

KLEIN, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* «Die "Dieselverfahren" vor dem BGH. Entscheidungen aus den Jahren 2022 und 2023 zu prozessualen Fragestellungen», 2024, 105-111.

LEIBLE, EuZPR/EuIPR. Band I: Zivilverfahren I. Brüssel Ia-VO, Lugano-Übk, 5ª ed., 2021, «Art. 7 Brüssel Ia-VO».

LORENZ, *Deutsches Autorecht*, «Der Dieselskandal im Kaufrecht», 2022, 198-200.

MANKOWSKI EuZPR/EuIPR. Band I: Zivilverfahren I. Brüssel Ia-VO, Lugano-Übk, 5ª ed., 2021, «Artikel 4 Brüssel Ia-VO».

MANKOWSKI, European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation, 2016, «Article 7».

MEHRING, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, «Die ZPO braucht ein Musterbeweisaufnahmeverfahren», 2025, 10-13.

ONANDIA CAÑAS, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, «La acción colectiva en la Unión Europea: ¿Es posible encajarla en el Reglamento Bruselas IIbis?», I-39, 297-321.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret*, «El «dieselgate» ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva», 2020.3, 25-58.

ORTELLS RAMOS, Aspectos críticos del Derecho procesal. Diálogos hispano-italianos en homenaje al Profesor Angelo Dondi, 2023, «La justicia civil y los proyectos de ley de eficiencia», 353-450.

RAPP, *Juristenzeitung*, «Die ‚saisine pour avis' zum BGH – ein Zukunftsmodell für den Zivilprozess?», 2020, 294-302.

RING, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, «Der Bundesgerichtshof zur vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung von Fahrzeugkäufern im Diesel-Abgasskandal – Roma locuta, causa finita?», 2020, 385-392.

Rodríguez Guitián, Anuario de Derecho civil, «Análisis del Dieselgate desde el Derecho civil (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio), tomo LXXV, 2022, fasc. II (abril-junio), 635-724.

Rodríguez Guitián, Anuario de Derecho civil, El Dieselgate y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Reflexiones a propósito de tres pronunciamientos de 14 de julio de 2022) tomo LXXVI, 2023, fasc. II (abril-junio), 727-792.

Rüppel/Schönermark, *Wertpapier-Mitteilungen*, «Das Leitentscheidungsverfahren— Ein Beitrag zur effizienten Bewältigung von Massenverfahren?», 2025, 505-509.

Schaub, *Neue Juristische Wochenschrift*, «Die Diesel-Problematik zwischen europäischem und nationalem Recht», 2023, 2236-2239.

Scherer, [Köhler/Feddersen] *UWG*, 43ª ed. 2025, «§ 15 VDuG».

Schneider/Conrady/Kapoor, *Betriebsberater*, «Die Abhilfeklage— Eine ernstzunehmende Konkurrenz für die Abtretungsmodelle?«, 2023, 2179-2189.

Schreiner, *Münchener Kommentar zur StPO*, «§ 404 Antrag; Prozesskostenhilfe», 2024.

Sossna, *Betriebsberater*, «Das neue Abhilfeverfahren: Ein sachgerechteres Mittel des kollektiven Rechtsschutzes?», 2025 329-336.

Stadler, *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, «Die neue Verbands(abhilfe)klage— Umsetzung der Richtlinie 2020/1828 2023», 129-151.

Stadler/Krüger, [Musielak/Voit] *ZPO*, 21ª ed. 2024, «§ 15 VDuG».

Stadler/Krüger, [Musielak/Voit] *ZPO*, 21ª ed.2024, «Art. 7 EuGVVO».

Stadler/Krüger, *IPRax*, «Internationale Zuständigkeit und deliktischer Erfolgsort im VW-Dieselskandal (zu EuGH, 9.7.2020 – Rs. C-343/19 – Verein für Konsumenteninformation ./. Volkswagen AG, unten S. 551, Nr. 40)», 2020, 512.

Strafner, *Neue Juristische Wochenschrift*, «Beseitigung der Unzulässigkeit der Abschalteinrichtung statt Differenzschaden in Dieselfällen«, 2023, 2531-2535.

Thiede, *Europäische Zeitung für Wirtschaftsrecht*, «„Thermofenster«, Sanktionen, Verbotsirrtümer und Nutzungsersatz«, 990-992.

Uhlmann/Kern, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, „Vertrags- und Deliktsgerichtsstand revisited – von Kalfelis bis Brogsitter zu Wikingerhof, Anmerkung zu EuGH, 24.11.2020 – C-59/19 – Wikingerhof GmbH & Co. KG ./. Booking.com BV», 2021, 50-56.

Vacas Larraz, *Jueces para la democracia*, «Dieselgate: respuesta jurisdiccional» 92 2018, 49-61.

Vecina Aznar, *Revista CESCO*, El TJUE abre las puertas a la resolución contractual en los vehículos afectados por el dieselgate. Tres sentencias del TJUE de 14 de julio de 2022, 43/2002, 34-51.

Vollkommer, [Zöller] *Zivilprozessordnung*, 35ª ed. 2024, «§ 1 VDuG».

Wilhelmi, *IPRax*, «Vom Vorrang der Strafjustiz gegenüber der Zivilrechtspflege im französischen Recht und seiner Bedeutung für das intrnationale Schiedsverfahren«, 2007, 348-353.

Yzquierdo Tolsada, Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020

(167/2020). La compraventa de un vehículo con un motor trucado legitima para reclamar no solamente contra el vendedor sino contra el fabricante del vehículo», Vol. 12, (2020), 149-164.

YZQUIERDO TOLSADA, Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021 (561/2021). De nuevo sobre la venta del vehículo con motor trucado. ¿Daño moral in re ipsa?, Vol. 13 (2021), 307-324.

PERSONA FÍSICA Y EJECUCIÓN FORZOSA

Normas que merman la seguridad jurídica en la ejecución procesal: problemas y tutela de los derechos controvertidos

Silvia Gaspar Lera
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. SOBRE EL DIFÍCIL EQUILIBRIO DE INTERESES EN LA EJECUCIÓN PROCESAL. II. SUBASTA JUDICIAL DE INMUEBLE SIN POSTORES: SOLUCIÓN LEGAL DE LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE SU ADJUDICACIÓN AL EJECUTANTE. *1. Los antecedentes del problema de las subastas desiertas: efectos no pretendidos de una norma pensada para proteger al deudor ejecutado. 2. La unificación de los efectos de las subastas con y sin postores por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de Justicia.* III. LA ADQUISICIÓN DE INMUEBLES EN SUBASTA JUDICIAL: TUTELA DEL ADJUDICATARIO. *1. Consideraciones previas. 2. El acto determinante de la adquisición de la propiedad de un inmueble en el seno de la ejecución procesal. 3. Caducidad de la anotación preventiva de embargo después de la adjudicación, pero antes de su inscripción en el Registro de la Propiedad: problemas y soluciones.* IV. PARTICULARIDADES DE LA EJECUCIÓN PROCESAL POR DEUDAS DE PERSONA CASADA*. 1. Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un* cónyuge. 2. Ejecución sobre vivienda familiar por deudas *de un cónyuge*. *A) Algunos apuntes introductorios. B) Sobre la posible atribución preferente de la vivienda familiar al cónyuge no deudor en la división del patrimonio común.* V. EJECUCIÓN PROCESAL SOBRE VIVIENDA FAMILIAR CUYO USO SE ATRIBUYÓ AL CÓNYUGE DEL DEUDOR EN UN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL. *1. Consideraciones previas. 2. Colisión del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido en procedimiento matrimonial con el derecho del adjudicatario. 3. Situación contractual, registral y procesal del cónyuge titular del uso de la vivienda objeto de ejecución.* BIBLIOGRAFÍA.

I. Sobre el difícil equilibrio de intereses en la ejecución procesal

Una de las respuestas que proporciona el ordenamiento jurídico al acreedor para satisfacer su interés objetivo, concretado en el cumplimiento de una obligación dineraria, es el embargo de un activo patrimonial que posibilitará la

fase de apremio destinada al pago de la deuda. Por eso, en la ejecución procesal predominan las actuaciones dirigidas a la tutela del crédito del ejecutante. De poco serviría el principio fundamental de responsabilidad patrimonial universal si no existiera un instrumento legal que permitiera sujetar los bienes del deudor a la satisfacción de lo debido.

Pero, si alejamos la perspectiva, comprobaremos que este proceso se inserta en una operación compleja que entraña un conjunto de derechos y obligaciones no solo para las partes, sino para otras personas que de algún modo se ven implicadas en él. Varias normas pueden dar muestra de ello: la que fija el importe mínimo por el que el que se adjudicarán los bienes del ejecutado; la que remite a la legislación civil para determinar el momento en que el adjudicatario adquiere, con todas sus consecuencias, la propiedad del bien objeto de la subasta; la que reconoce al cónyuge del deudor ejecutado la facultad de evitar el embargo indiscriminado de bienes gananciales o, en fin, la que permite oponer al adjudicatario el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente en un procedimiento matrimonial.

El plan del presente trabajo consiste en analizar cada una de esas normas para poner de relieve que, pese a sus teóricas potencialidades, no siempre han logrado dar respuesta adecuada a las demandas de justicia que plantean. Conviene apuntar, desde ahora, que ese análisis no se limitará a formular soluciones aisladas al problema del caso concreto partiendo de las imperfecciones de una norma previamente delimitada; antes bien, lo que se pretende, con la vista puesta en la ejecución singular ordinaria, es introducir algunas reflexiones acerca de las modificaciones legales que deberían acometerse para mejorar el sistema. Y es que, como podrá comprobarse a lo largo de estas líneas, la existencia de un desequilibrio no compensado entre los contendientes en un proceso de ejecución o en las relaciones derivadas de él puede obedecer a razones no solo económicas, sino también legales, como consecuencia de la pérdida de la idea de conjunto y de nociones básicas acerca del funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico. De ahí que la corrección de una decisión exija tener en cuenta todos los efectos que puede acarrear, sin perder de vista los principios esenciales de seguridad jurídica y de seguridad del tráfico. Por eso, resulta necesario conjugar el derecho sustantivo con el derecho procesal y el derecho registral.

II. Subasta judicial de inmueble sin postores: solución legal de los problemas derivados de su adjudicación al ejecutante

1. Los antecedentes del problema de las subastas desiertas: efectos no pretendidos de una norma pensada para proteger al deudor ejecutado

Cuando la ejecución procesal sobre un inmueble del deudor resulta inevitable por carecer este de otros bienes con los que hacer frente a la deuda o ser de valor muy inferior a su importe, las especialidades en la fase de apremio se encaminan a la obtención del mejor precio posible. Al cumplimiento de este propósito responden las normas que fijan unos porcentajes mínimos del valor de la finca subastada como importe de adjudicación. Se procura así causar el menor perjuicio al ejecutado, principalmente cuando estamos hablando de su vivienda habitual.

Es de sobra conocido el problema que trajo consigo la aplicación de esos límites en la subasta desierta, pues con arreglo a la redacción original del art. 671 LEC el ejecutante podía adjudicarse el inmueble por el que nadie había pujado por un precio muy inferior a su valor que, además, no siempre servía como carta de pago. Pocas cuestiones han sido tan reveladoras de las tensiones entre el principio de justicia y los imperativos económicos del mercado inmobiliario. La solución ha llegado en forma de modificación normativa con la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de Justicia (BOE 3 de enero de 2025), que ha dado nueva redacción a los artículos 670 y 671 LEC, suprimiendo la regulación divergente del precio de adquisición en subastas con y sin postores. Es cierto que la doctrina registral, por un lado, y numerosas resoluciones judiciales discrepantes entre sí, por otro, fueron incorporando matices a dichos preceptos, pero lejos de resolver el conflicto lo complicaron. Por eso, para comprender y valorar adecuadamente esta reforma es imprescindible conocer los precedentes judiciales que le abonaron el camino y que han conducido al punto en el que estamos. Comenzaré recordando las reglas que se aplicaban a la vivienda habitual para ocuparme después de las que regían en los demás casos.

El importe mínimo por el que ejecutante podía adjudicarse la vivienda habitual del ejecutado era el 70 por cien del valor por el que había salido a subasta o la cantidad total debida, siempre y cuando esta fuera superior al 60 por cien de dicho valor. El problema surgía en este último caso, cuando se adjudicaba por el sesenta por cien y quedaba deuda pendiente, pues la norma daba lugar a que se produjera un importante desequilibrio entre las posiciones de las par-

tes, en perjuicio del deudor ejecutado[1]. Y es que este no solo perdía el que con toda probabilidad era el bien más valioso de su patrimonio por un valor inferior al que realmente tenía, sino que continuaba debiendo una suma, que cabía que fuera importante, al mismo acreedor que se había adjudicado el bien[2]. Además, esa adjudicación posibilitaba que el ejecutante y adjudicatario de la vivienda la vendiera posteriormente por su valor real, obteniendo un beneficio importante que no revertía en favor del deudor, cuya deuda se mantenía.

Para paliar las consecuencias negativas de la literalidad de la norma, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJFP), mediante su interpretación teleológico sistemática, defendió que la adjudicación debía realizarse por todos los conceptos, sin que nada más pudiera reclamar el acreedor. Recordaba el Centro Directivo a este respecto lo siguiente: que el espíritu y finalidad del art. 671 LEC era aumentar la protección del ejecutado y lograr un equilibrio entre el derecho del acreedor a la satisfacción del crédito y la justa valoración del patrimonio responsable[3]; y que de ello daba cuenta la regla del art. 670.4 LEC prevista para las subastas con postores[4]. Mediante la referida interpretación se cumplía, pues, la función tuitiva del deudor y se suprimían diferencias injustificadas en función de que la subasta quedase o no desierta[5].

Esta doctrina tuvo consecuencias importantes, pues proporcionaba argumentos a los registradores de la propiedad para calificar negativamente las solici-

---

1. No está de más señalar que la cantidad debida por todos los conceptos incluye las costas, que en el caso de ejecución de vivienda habitual no pueden superar el 5 por cien del importe que se reclame en la demanda ejecutiva (art. 575.1 bis LEC). Por eso, muchas entidades ejecutantes renunciaban a ellas para no superar el 70 por cien del valor por el que la vivienda salía a subasta, asegurando así la adjudicación por el 60 por cien sin carta de pago cuando la deuda era mayor.

2. El perjuicio que podía comportar para el ejecutado la aplicación literal del precepto se puede ver con un sencillo ejemplo. Pensemos que el valor por el que salía a subasta la vivienda habitual era 100. Si la cantidad debida por todos los conceptos resultaba escasamente inferior al 70 por cien de ese valor (pongamos por caso, 69), el ejecutante se la podía adjudicar por 60, pero el deudor seguía debiéndole 9, que era la cantidad que quedaba hasta cubrir el importe de lo debido.

3. En este sentido se apuntaba que las razones que habían conducido a la redacción entonces vigente del art. 671 LEC —modificado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, para la protección de los deudores hipotecarios, restructuración de la deuda y alquiler social y por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de enjuiciamiento civil, que incrementaron los porcentajes mínimos de adjudicación— no eran otras que aliviar la situación de los deudores en la ejecución ordinaria o hipotecaria.

4. El segundo párrafo del art. 670.4 LEC establecía que si la mejor postura era inferior al 70 por cien del valor por el que el bien había salido a subasta y el ejecutado no presentaba tercero para mejorarla, el ejecutante podía pedir la adjudicación del inmueble por dicho valor o por la cantidad que se le debía por todos los conceptos, siempre que esta fuera superior al 60 por cien de su valor de tasación (propiamente, valor de subasta) y a la mejor postura. Retomando nuestro ejemplo (propuesto dos notas más arriba): si la mejor postura hubiera sido equivalente a 69, el ejecutante podía pedir su adjudicación por 69 con carta de pago; y si la cantidad debida hubiera sido inferior a 60, el ejecutante se la podía adjudicar por 60 entregando el remanente al ejecutado.

5. Vid. las resoluciones de la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de mayo de 2018 (BOE 12 de junio) y 5 de septiembre de 2018 (BOE 24 de septiembre).

tudes de inscripción de los decretos de adjudicación dictados por los letrados de la Administración de Justicia conforme al tenor literal de la norma en cuestión. Pero adviértase que entonces el adjudicatario quedaba en una complicada situación, pues su adquisición no podía acceder a la protección del Registro de la Propiedad y, en esas circunstancias, no tenía otra opción que acudir a la vía de la jurisdicción civil[6].

Como era de esperar, la más que dudosa competencia de los registradores para interpretar la controvertida norma se tradujo en una profunda división de pareceres entre jueces y tribunales, que oscilaron entre el apego estricto a la doctrina registral y la tesis favorable a la literalidad de la norma. Pero el clima de incertidumbre resultante no tuvo respuesta adecuada por el legislador, a pesar de las ocasiones que se le ofrecieron para ello, así que, su inacción y el panorama que se había creado de evidente inseguridad jurídica dio lugar a dos sentencias del pleno de la sala primera del Tribunal Supremo, que sentó jurisprudencia en la materia. Se trata de las sentencias de 15 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4602) y de 17 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4764) en las que, aunque se daba por buena la interpretación de la Dirección General, el Supremo apreció un exceso en la función revisora que la ley asigna a los registradores de la propiedad[7]. A partir de entonces las calificaciones de los decretos de adjudicación se adaptaron a las sentencias del pleno, dejando en manos del deudor ejecutado el correspondiente recurso judicial de revisión del decreto de adjudicación, si como consecuencia de su aplicación literal le causaba perjuicio, con fundamento en el párrafo segundo del art. 454 bis.1 LEC y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[8].

Parecidos problemas se plantearon en torno a la subasta desierta de inmuebles que no tenían la condición de vivienda habitual. Según la redacción del art. 671 LEC, entonces vigente, el ejecutante se los podía adjudicar por el 50 por cien del valor por el que el que hubieran salido a subasta «o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos». Esta previsión ofrecía una alternativa clara al acreedor, pero generó opiniones críticas, pues permitía que hiciera suya la finca

---

6. Como puso de relieve DOMÍNGUEZ LUELMO, era dudoso que el ejecutante pudiera solicitar la nulidad del decreto de adjudicación, una vez firme, porque se había dictado conforme a la norma y no había causa de nulidad (art. 225.3 LEC); y tampoco parecía posible pretender la modificación de la cuantía para acceder al Registro de la Propiedad, pues no cabía ni por la vía de aclaración (art. 214 LEC) ni por la de subsanación (art. 215 LEC), por ser una modificación sustancial del decreto (cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca», en *Vivienda e hipoteca*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 277-279).

7. Aclaraba el Tribunal Supremo que la calificación por los registradores de los documentos judiciales no podía ir más allá de los límites del art. 18 LH en relación con el art. 100 RH, esto es, debía limitarse a comprobar: la competencia de los juzgados y tribunales, la congruencia del mandato con el proceso o juicio en que se hubiese dictado, el cumplimiento de las formalidades extrínsecas del documento y los obstáculos que pudieran surgir del propio Registro (véase el voto particular formulado a ambas sentencias por el magistrado Díaz Fraile).

8. *Vid.* la STC 58/2016 (BOE 22 de abril) y la STC 72/2018 (BOE 25 de julio).

por la cantidad que se le debía, por insignificante que esta fuera. La DGSJFP consideró que ese resultado, que penalizaba al deudor ejecutado en mayor medida cuanto menos debiera, no solo podía conducir a un enriquecimiento injusto, sino que era contrario al espíritu y finalidad de la norma, que quedaba nítidamente recogido en el art. 651 LEC para los bienes muebles[9]. Con este fundamento sostenía que la adjudicación no podía ser inferior al 50 por cien, avalando las calificaciones de los registradores de la propiedad que suspendían la inscripción de los decretos de adjudicación que no seguían dicha interpretación[10].

Trasladado el problema a la jurisdicción civil, la mayoría de las resoluciones judiciales, sin embargo, se inclinaron por la aplicación literal del art. 671 LEC, defendiendo la viabilidad de la opción legal discutida: en primer lugar, porque la literalidad del precepto en este punto era clara, admitiéndola expresamente; y en segundo lugar, porque la remisión en materia de subasta de inmuebles a las normas de la subasta de muebles (art. 655.2 LEC) dejaba a salvo las especialidades establecidas para aquella, entre las que se encontraba la del art. 671 LEC, por cuestionada que fuera[11].

La aplicación del art. 671 LEC según su tenor literal, admitiendo la disyuntiva que contenía, encontró su última expresión, antes de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2025, en la sentencia del pleno de la sala primera del TS de 12 de febrero de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:583). En ella se declara que la imposición del límite del 50 por cien supondría una alteración injustificada de la norma, desplazando el equilibrio hacia el deudor en detrimento de la seguridad jurídica del mercado hipotecario[12]. Además la sentencia descartó la discusión sobre el posible enriquecimiento injusto —aunque en el caso concreto los locales de negocio adjudicados al ejecutante tenían un valor económico que excedía con creces de la deuda satisfecha—, por considerar que no procede cuando se aplica un pre-

9. Decía el art. 651 LEC, respecto de las subastas desiertas de bienes muebles: «Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 30 por 100 del valor de tasación, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. En ningún caso, ni aun cuando actúe como postor rematante, podrá el acreedor ejecutante adjudicarse los bienes, ni ceder el remate o adjudicación a tercero, por cantidad inferior al 30 por 100 del valor de tasación».

10. *Vid*. las resoluciones de la Dirección General de 20 septiembre de 2017, 6 septiembre 2018 (BOE 26 de septiembre), 26 de octubre de 2018 (BOE 19 de noviembre), 22 de febrero de 2019 (BOE 14 de marzo), 22 de marzo de 2019 (BOE 9 de abril), 28 de marzo de 2019 (BOE 16 de abril) 25 de abril de 2019 (BOE 13 de mayo de 2019). El Centro Directivo, solo excepcionalmente consideraba justificada la adjudicación del inmueble por importe inferior al 50 por cien del valor de la subasta si, por aplicación analógica del 670.4 LEC relativo a la subasta con postores, el letrado de la Administración de Justicia apreciaba la concurrencia de circunstancias singulares.

11. En este sentido, *vid*: SAP de Alicante de 29 de octubre de 2020 (el fallo está publicado en la RDGSJFP de 6 de noviembre de 2023 (BOE 30 de noviembre de 2023), SAP de Murcia de 8 de noviembre de 2021 y SAP de Córdoba de 4 de abril de 2022 (el fallo está publicado en RDGSJFP de 28 de abril de 2023 (BOE 17 de mayo de 2023). Sin embargo, acogiendo la doctrina registral, *vid.* la SAP de Málaga de 31 de julio de 2023 (ECLI:ES:APMA:2023:2930).

12. Se ponía de manifiesto que cuando el inmueble no era la vivienda habitual del ejecutado el Supremo priorizaba la estabilidad del procedimiento de ejecución sobre las pretensiones de equidad material del deudor.

cepto legal explícito[13]. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar el ejecutado el decreto de adjudicación, susceptible de recurso de revisión ante el juez, conforme al art. 454.bis.1 LEC, como se vio anteriormente[14].

A modo de conclusión: debe reconocerse que la doctrina registral sobre la aplicación del art. 671 LEC, tanto si se trataba o no de la vivienda habitual del ejecutado, se acomodaba mejor a la *ratio* del precepto, pero esa «interpretación» suponía dar al precepto una lectura diferente, haciéndole decir lo que claramente no decía. La norma requería una reforma por vía legal, porque la función propia de quien asume la tarea de aplicar la norma y, por tanto, de interpretarla, no es la de modificarla ni derogarla[15].

2. La unificación de los efectos de las subastas con y sin postores por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de Justicia

La nueva redacción de los arts. 670 y 671 LEC acoge esencialmente el criterio de la DGSJFP respecto de las subastas desiertas, introduciendo las siguientes medidas: de un lado, la supresión de la posibilidad de que el acreedor se adjudique el inmueble, de manera que si hay postores procederá, a instancia del ejecutado, el alzamiento del embargo (art. 671 LEC)[16]; de otro lado, el establecimiento de unos porcentajes de adjudicación a los que deberá ajustarse el ejecutante, como los demás postores, y no a otros inferiores como sucedía hasta ahora (art. 670 LEC). Se fomenta así su participación, si estuviera interesado en la adquisición.

---

13. En todo caso quedaba claro que la reclamación al respecto debía sustanciarse en otro proceso teniendo en cuenta los presupuestos del enriquecimiento que el propio Tribunal Supremo habría precisado para estos supuestos; a saber: que el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante tras la adjudicación y en un lapso de tiempo relativamente próximo. Este hecho es el que mostraría que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor (*vid.* la STS 7 de septiembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:3598).

14. No está de más señalar que La Dirección General ya había modificado su doctrina a partir de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre y de 17 de diciembre de 2021, por considerar que los razonamientos de estas sobre los límites de adjudicación referidos a vivienda habitual resultaban aplicables al resto de inmuebles, abriendo el Registro a los decretos que aplicaban literalmente el art. 671 LEC (*vid*. RDGSJFP de 18 julio de 2022, BOE 4 de agosto de 2022 y RDGSJFP de 31 de marzo de 2023, BOE 18 de abril).

15. Sobre los riesgos de la apropiación por el juez de la labor de creación del derecho y la anomalía de las sentencias fruto de ese empeño, cfr. HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Vigencia y utilidad del concepto de jurisdicción. Una aproximación desde el proceso civil», en *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (coordinadores: Cachón Cadenas, M. y Pérez Daudí, V.), Barcelona, Atelier, 2019, p. 89 y LAFUENTE TORRALBA, A., «Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales», en *Los vulnerables ante el proceso civil* (directores: Herrero Perezagua, J. F. y López Sánchez, J.), Barcelona, Atelier, 2022, pp. 23 a 62.

16. Cabe, no obstante, que una vez terminada la subasta desierta el ejecutado, por sí o a propuesta del ejecutante, designe una persona que esté dispuesta a adjudicarse el bien por un importe igual o superior al 50 por ciento de su valor de subasta, o por el importe total de la deuda, sin que pueda ser inferior al 40 por ciento de dicho valor. Si no se cumplen esas condiciones, únicamente la adjudicación solo será posible si el letrado de la Administración de Justicia lo considera oportuno atendidas las circunstancias.

Si el bien sobre el que sigue la ejecución es la vivienda habitual del deudor (propiamente, del ejecutado) no se aprobará el remate por cantidad inferior al 70 por ciento del valor de subasta, salvo que se haga por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos; y aun en ese supuesto no podrá ser inferior al 60 por ciento de dicho valor. Tratándose de otros inmuebles, el legislador introduce nuevos umbrales mínimos de adjudicación; así: cuando la mejor postura sea inferior al 70 por ciento del valor de subasta, si el ejecutado no presenta persona dispuesta a mejorarla se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que represente una cantidad igual o superior al 50 por ciento del valor de subasta; y si esa cantidad es inferior, pero permite la completa satisfacción del derecho del ejecutante, se aprobará el remate salvo que la cantidad ofrecida no llegue al 40 por ciento del valor de subasta[17].

Es evidente que con estas modificaciones el legislador ha procurado el equilibrio entre el interés del acreedor en la satisfacción del crédito y la preservación del patrimonio del deudor ejecutado, sentando las bases para una aplicación de la norma conducente a resultados más equitativos. Dicho de otra forma, se flexibilizan las reglas de adjudicación para facilitar la recuperación del crédito, pero al mismo tiempo se establecen medidas destinadas a evitar pérdidas desproporcionadas para el deudor, especialmente en un contexto de subastas con escasa concurrencia. Otra cosa es que el verdadero alcance de la reforma haya que verla con el tiempo, a medida que los jueces y tribunales concreten su aplicación en supuestos similares a los que aquí han sido examinados. Lo que es evidente es que se ha perdido la oportunidad de dar respuesta a dos cuestiones importantes que las normas examinadas también venían planteando.

Me refiero, de un lado, a que sigue sin haber trámite alguno destinado a proporcionar información sobre lo que a estos efectos hay que entender por vivienda habitual, a pesar de la trascendencia que esta circunstancia tiene para los postores interesados en participar. Habrá que seguir atendiendo a la residencia habitual del ejecutado, que no siempre es criterio clarificador, correspondiendo al letrado de la Administración de Justicia la resolución del conflicto que pudiera suscitarse al respecto, mediante decreto susceptible de recurso de revisión[18]. Para una mayor garantía, y con el fin de que la demostración sea más sencilla

17. Si la mejor puja no cumpliera los requisitos exigidos se admite que el letrado de la Administración de Justicia apruebe el remate en función de las circunstancias concurrentes.

18. En la ejecución hipotecaria el letrado de la Administración de Justicia deberá atender a lo que resulte de la inscripción de las escrituras de préstamo garantizado con hipoteca, a tenor de las exigencias de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; y habrá que presumir que ese carácter permanece en el momento de presentarse la demanda ejecutiva, salvo prueba en contrario (arts. 21.3 y 129.2.b LH). Es evidente que esta presunción favorece al ejecutado, pues si no fuera así —téngase en cuenta que el carácter habitual o no de la vivienda puede ser modificado posteriormente en escritura pública otorgada por las propias partes, o en la de subrogación en la hipoteca por el tercer adquirente— el ejecutante deberá demostrarlo.

y segura, sería conveniente desvincular el concepto de vivienda habitual de ese dato fáctico, procurando objetivarlo[19].

De otro lado, no se ha dado respuesta a la solución que procede en la ejecución hipotecaria cuando queda desierta la subasta. Por más que el art. 691.4 LEC remita a lo previsto en las normas sobre ejecución ordinaria de inmuebles, es evidente que el alzamiento del embargo previsto en el art. 671 no puede aplicarse en estos casos. Y tampoco parece adecuado asimilar esa consecuencia a la cancelación de hipoteca, pues esta solo se prevé en caso de extinción de la obligación garantizada o cuando se ejecuta la garantía por incumplimiento de la obligación (art. 79 LH). Lo que parece claro es que la falta de postores no puede afectar a esta última ni a la hipoteca, que siguen vivas[20]. Pero entonces surge otro interrogante: ¿debe mantenerse la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas o procede su cancelación mediante mandamiento del letrado de la Administración de Justicia? Teniendo en cuenta que este asiento constituye un aviso de la existencia de un procedimiento ejecutivo en marcha, que interesa a los posteriores titulares de derechos reales sobre la finca, parece una consecuencia lógica de la subasta desierta que se ordene la cancelación, aunque no lo diga el art. 671 LEC. Mientras, seguirá el proceso de ejecución y nada impide, ponderando las circunstancias, que vuelva a intentarse una nueva subasta[21].

III. La adquisición de inmuebles en subasta judicial: tutela del adjudicatario

1. Consideraciones previas

El proceso de ejecución que culmina con la realización forzosa del inmueble embargado tiene importantes consecuencias no solo para las partes, sino también para el adjudicatario; a saber: el cambio de titularidad del bien realizado y la cancelación de las cargas posteriores a la traba del embargo. Lo cierto es

19. Valga como ejemplo la definición que en el ámbito fiscal proporciona la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas: «se considerará vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, concurran circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas».

20. Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., «Algunas reflexiones sobre el decreto de adjudicación y su calificación registral. La controversia sobre el art. 671 LEC», *Actualidad Civil*, núm. 6, 2022.

21. Esta es la solución prevista para las ejecuciones hipotecarias en el seno del concurso: el bien se adjudicará al acreedor ejecutante si su valor es inferior a la deuda garantizada; y si es superior se procederá a la apertura de una nueva subasta sin postura mínima (art. 423 bis del Texto refundido de la Ley concursal).

que la trascendencia de estos efectos contrasta con la falta de claridad de las normas aplicables, lo que ha dado lugar a frecuentes problemas que merecen atención.

Aquí me ocuparé, sin ánimo de exhaustividad, de los dos siguientes: en primer lugar, de la determinación del acto que produce la transmisión (y correlativa adquisición) del dominio de los bienes inmuebles en la ejecución procesal; en segundo lugar, de los efectos de la caducidad de la anotación preventiva de embargo con posterioridad al decreto de adjudicación del inmueble, pero antes de la expedición del testimonio que lo contiene y que permite su inscripción.

Como es fácil advertir, detrás de estas cuestiones hay normas procesales, civiles y registrales que concurren y se entrelazan; y que deben ser analizadas en conjunto para poder llegar a una solución unificadora que dote de mayor seguridad al sistema en este punto.

2. El acto determinante de la adquisición de la propiedad de un inmueble en el seno de la ejecución procesal

Como ya se ha adelantado, no ofrece duda la relevancia de los efectos que se anudan al cambio de titularidad de un inmueble en una subasta judicial. Basta recordar que el momento en que se produce la transmisión permite fijar el término del plazo de ejercicio de las tercerías de dominio, sirve para resolver los casos de doble enajenación, y constituye la referencia necesaria para saber desde cuándo el adjudicatario está obligado a abonar los gastos y cargas del inmueble y desde cuándo tiene derecho a las rentas del alquiler si este subsiste después de la adquisición[22].

La única norma procesal que alude a esta cuestión es el art. 596.2 LEC, relativo a las tercerías de dominio, que establece que el tribunal las rechazará si se interponen con posterioridad al momento en que, «de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil», se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta.

Tradicionalmente esa transmisión se ha tratado de explicar recurriendo a la doctrina civil del «título y modo», que con arreglo al art. 609 CC exige un negocio de finalidad traslativa (generalmente una venta) seguido de un acto de traspaso posesorio (tradición o *traditio*), que en el caso de bienes inmuebles

22. Para un examen más extenso de los efectos asociados al momento de la adquisición, véase MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Subasta judicial y transmisión de la propiedad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 91-102.

puede consistir en su puesta en poder del comprador (tradición real) o en el otorgamiento de escritura pública (tradición instrumental)[23]. El hecho de que la LEC de 1881 hiciera coincidir la consumación de la venta forzosa de inmuebles con el otorgamiento de escritura pública (art. 1533.1) motivó que jueces y tribunales vieran en ella una tradición instrumental. Esta tesis no se vio alterada cuando la escritura fue sustituida por el testimonio del auto de aprobación del remate y adjudicación (Ley 10/1992) y, bajo la vigente LEC, por el testimonio del decreto de adjudicación (Ley 13/2009). Varios ejemplos permitirán ilustrar este planteamiento:

La STS de 4 de octubre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:5722) aborda un litigio en el que se discutía sobre la titularidad de un inmueble doblemente embargado y subastado. Sostenía la recurrente que la aprobación del remate a su favor en el primer juicio ejecutivo había consumado la venta, pero el Tribunal Supremo no estimó el recurso, declarando que no llegó a adquirir, porque solo en la segunda subasta se había expedido el testimonio que documentaba la aprobación del remate y la adjudicación.

La cuestión jurídica que se planteó en la STS de 2 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7229) consistía en determinar a quién pertenecía una finca rústica doblemente inmatriculada que había sido objeto de dos juicios ejecutivos, uno ordinario y otro hipotecario: la cuestión se decidió en favor del adjudicatario de la subasta de fecha posterior, porque fue el primero en obtener el testimonio del auto de aprobación del remate y de la adjudicación, «acto verdaderamente constitutivo de la tradición», en palabras del Supremo.

La sentencia de 14 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3210) traía causa de una controversia suscitada entre ejecutado y adjudicatario sobre las rentas devengadas por el arrendatario del inmueble subastado cuyo contrato subsistía a pesar del cambio de titularidad: el tribunal entendió que los derechos del ejecutado sobre ese inmueble se extinguieron cuando dejó de ser propietario, lo que a juicio del tribunal sucedió en la fecha del testimonio del decreto de adjudicación.

Sin embargo, la STS de 6 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2059) no pudo mantener el anterior criterio, porque en el caso litigioso, por razones que se desconocen, no se elevó la adjudicación a escritura pública (testimonio del de-

23. El art. 609 CC enumera los diferentes modos de adquirir la propiedad: por ocupación, por donación, por sucesión testada e intestada, por prescripción, por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y por ley. La efectiva regulación de la *traditio* se encuentra entre las normas de la compraventa relativas al cumplimiento de la obligación de entrega, en los arts. 1462 y 1463 CC, aunque con fundamento en una interpretación extensiva se consideran aplicables a cualquier otro contrato o negocio jurídico de finalidad traslativa, distinto de la compraventa.

creto de adjudicación, según el derecho vigente). El meollo del problema se centraba en una finca del deudor ejecutado que había sido subastada judicialmente. El adjudicatario actuó correctamente y pagó el precio de remate, pero no inscribió el cambio de titularidad. Tiempo después el hijo del ejecutado adquirió por título de herencia dicha finca, que en el Registro figuraba todavía a nombre del causante anteriormente ejecutado, e interpuso una acción declarativa de dominio frente al adjudicatario. Aunque los razonamientos del Tribunal Supremo inducen a confusión en algunos puntos de la sentencia, pues en el desarrollo de sus argumentos parece admitir soluciones incompatibles entre sí, lo que dejaba claro es que la propiedad de la finca era del adjudicatario, porque en cuanto le fue adjudicada tomó posesión material de ella y fue el primero en la «tradición real». Era manifiesto que se impuso el principio de justicia material y que lo que se quiso evitar es que el demandado sufriese las consecuencias desfavorables de la falta de la escritura por razones que no le eran imputables.

Posteriormente, la STS de 1 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:712), en una controversia sobre el plazo de una tercería de dominio dio la razón a la tercerista porque la interpuso antes de la transmisión del bien subastado, como exige la norma. Pero en este punto matizó los pronunciamientos judiciales precedentes que apuntaban al testimonio del decreto de adjudicación, considerando —sin abundar en explicaciones— que no era el testimonio sino el decreto el que producía tan importante efecto. Esta solución ha sido acogida después por la mayoría de las Audiencias Provinciales[24]. Pero cabe citar alguna excepción, reciente, que vuelve a la doctrina anterior: la SAP de Barcelona de 5 de febrero de 2025 (ECLI:ES:APB:2025:615) decidió un conflicto suscitado entre ejecutado y adjudicatario sobre el derecho a las rentas del arrendamiento del inmueble adjudicado tomando como referencia de la transmisión la fecha de expedición del testimonio de adjudicación[25].

Lo que evidencia todo lo anterior es la dificultad de adaptar la doctrina del título y modo a los trámites del proceso de ejecución; doctrina que todas las sentencias mencionadas citan para justificar su decisión, con la consiguiente quiebra del principio de seguridad jurídica. Y esto es lo que aquí me interesa comentar.

Es cierto que la finalidad de una ejecución forzosa es intercambiar cosa por dinero y provocar un cambio de titularidad derivativamente, pero no lo es menos que en la subasta judicial la transferencia del dominio viene impuesta al ejecutado

---

24. Entre otras: SAP de Madrid de 28 de febrero de 2025 (ECLI:ES:APM:2025:2946; SAP de Cádiz de 29 de enero de 2025 (ECLI:ES:APCA:2025:214); SAP de Madrid de 6 de febrero de 2025 (ECLI: APM:2025:1766); SAP de Islas Baleares de 28 de enero de 2025 (ECLI:ES:APIB:2025:174); SAP de Ciudad Real de 27 de enero de 2025 (ECLI:ES:APCR:2025:74); SAP de Alicante de 11 de noviembre de 2024 (ECLI:ES:APA:2024:2604).

25. En el mismo sentido, *vid*. la SAP de Málaga de 9 de octubre de 2024 (ECLI: ES:APMA:2024:355).

para satisfacer el derecho del acreedor ejecutante. No hay aquí un negocio jurídico previo, expresión de la autonomía de la voluntad de quienes lo celebran, que sirva de fundamento a la transmisión de un bien determinado. Esa falta de consentimiento, que es manifiesta en el momento de la aprobación del remate, se reitera en el instante de la efectiva transmisión. Y aunque se admitiese que la adquisición es voluntaria para el mejor postor, propiamente no hay «título», y la «tradición» por sí sola no sirve para transmitir el dominio.

Por eso, es preciso volver al art. 609 CC, que enumera los diferentes modos de adquirir el dominio[26]. Y es que, según resulta del precepto, la adquisición puede producirse no solo por consecuencia de un contrato mediante tradición, también por ocupación, por sucesión testada e intestada y «por la ley». Y en el marco de una ejecución judicial, creo que es la ley procesal la que debe determinar cuándo se produce el cambio de titularidad, pues las normas que regulan con detalle toda la secuencia de la subasta son autosuficientes a tal fin. Lo que hace falta es identificar el concreto acto que provoca el efecto jurídico real de la transmisión. Para ello, como paso previo, es preciso recordar los hitos relevantes en la fase final de la subasta de un inmueble, a saber: el decreto de aprobación del remate en favor del mejor postor (art. 670.1 y 2 LEC), la consignación del precio (art. 670.1 y 2 LEC), el decreto de adjudicación (art. 670.2 LEC) y el testimonio del decreto de adjudicación expedido por el letrado de la Administración de Justicia (art. 673 LEC). Un examen de cada uno, desde la perspectiva de una solución eficiente, permite extraer las siguientes conclusiones:

El decreto de aprobación del remate no serviría como acto de transmisión en los casos en que se produjera su cesión a tercero (art. 647.3 LEC) ni en aquellos en que el ejecutado liberase el bien, lo que puede hacer hasta la adjudicación (art. 670.7 LEC). Por su parte, la consignación del precio dejaría sin respuesta a aquellas subastas en las que no fuera precisa por ser el valor de adjudicación inferior al importe a la deuda. Y en cuanto al testimonio que contiene el decreto de adjudicación debe recordarse que es el título hábil para su inscripción, que tiene eficacia declarativa, pues los cambios reales acceden al Registro ya producidos; es decir, el testimonio incorpora un derecho adquirido con carácter previo.

Sin embargo, ninguna objeción cabe oponer al decreto de adjudicación: pone término a la ejecución por la completa satisfacción del ejecutante; fija las con-

---

26. Como sostiene la mayoría de la doctrina civilista, es en este sentido en el que debe interpretarse la remisión que hace el art. 596.2 LEC a la legislación civil. A este respecto, cfr: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución», en *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios Europeos y Draft* (coordinadora: Gómez Laplaza, M. C.), Madrid, Dykinson, 2012, p. 18; VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial», *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 25, 2010, pp. 81-106 y MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Subasta judicial y transmisión de la propiedad*, cit., pp. 217 y 218.

diciones de la adquisición con expresión, en su caso, de la consignación del precio; dota a aquella de estabilidad, pues abarca todas las vicisitudes posibles de la subasta; y constituye una solución unitaria para bienes inmuebles y muebles, ya que estos últimos no requieren testimonio por no proceder su inscripción registral[27].

Tras todo lo dicho no es aventurado concluir que el decreto de adjudicación debería ser considerado el acto dotado de la fuerza necesaria para adjudicar el dominio por ministerio de la ley. La posterior inscripción del testimonio que lo contiene, sin duda alguna relevante, permitirá resolver el posible conflicto entre dos ejecuciones judiciales o entre una ejecución judicial y una venta ordinaria en virtud del principio de fe pública registral, dado que en este ámbito despliega todos sus efectos (art. 34 LH).

Cuestión diferente es que esta propuesta de solución requiera un pronunciamiento del legislador, que no ha aprovechado las reformas recientes de la ley procesal. Entretanto, mucho me temo que seguirá siendo el testimonio del decreto el momento decisivo de la transmisión, con posible detrimento de la seguridad jurídica y de la seguridad de tráfico.

3. Caducidad de la anotación preventiva de embargo después de la adjudicación, pero antes de su inscripción en el registro de la propiedad: problemas y soluciones

Como es sabido, la anotación preventiva de embargo confiere prioridad al ejecutante sobre el producto obtenido con la realización del inmueble anotado frente a créditos anotados con posterioridad (art. 629 LEC y arts. 44 y 71 LH). Además, impide que ulteriores adquirentes puedan resultar protegidos por la fe pública registral, de manera que, aunque se transmita el bien a un tercero, este quedará subrogado en la posición del ejecutado y el bien continuará sometido a la realización forzosa (art. 38.4 y 5 LH).

Sentado lo anterior, lo que aquí interesa es una cuestión muy específica: la vigencia temporal de la anotación y los riesgos que en determinadas circunstancias puede entrañar para el adjudicatario su caducidad. Con el fin de poner un

---

27. En opinión de MURGA FERNÁNDEZ, la eficacia del decreto de adjudicación como acto de adquisición solo puede predicarse del que es firme, porque no se recurre o porque se desestima el recurso (cfr. MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Subasta judicial y transmisión de la propiedad*, cit., p. 301), aunque también cabe entender que una vez que se dicta por el letrado de la Administración de Justicia queda sujeto a la condición resolutoria de la revocación, en cuyo caso procederá la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de su fecha (en este sentido, cfr. GÓMEZ LINACERO, A. y CAMPO CANDELAS, J. «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: momento de transmisión y revisión crítica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788, p. 3480).

poco de claridad en la materia conviene tener en cuenta que con arreglo al art. 86 LH el asiento que nos ocupa caduca a los cuatro años desde su fecha, salvo que sea prorrogado por otros cuatro a instancia del interesado —el acreedor, pues en principio solo a él beneficia— o por mandato de la autoridad que la decretó. Esa caducidad opera automáticamente si la anotación no ha sido prorrogada antes, dejando de producir los efectos jurídicos que le son propios[28].

Pues bien, la realidad ha puesto de manifiesto que el adjudicatario puede verse en un serio problema, sin que él lo haya causado y sin que pueda evitarlo, si el mencionado plazo de cuatro años de la anotación cumple después de haberse dictado el decreto de adjudicación, antes de que se expida el testimonio. Y es que el registrador procederá a su cancelación y, en consecuencia, dejará de producir efectos frente a terceros y frente a los asientos registrales posteriores, que mejorarán su rango como consecuencia de la caducidad (arts. 17 y 20 LH). Así las cosas, si después obtiene el adjudicatario el testimonio del decreto y solicita su inscripción, el registrador la rechazará, sin prejuzgar la validez procesal del documento presentado[29].

En esas circunstancias el afectado no dispondrá de otro remedio que la defensa en los tribunales de su posición jurídica mediante la interposición de una tercería de dominio o de mejor derecho, sin perjuicio de la posibilidad de exigir responsabilidad civil a la Administración de Justicia si hubo dilación en la expedición del testimonio[30]. Pero hay que reconocer que estos remedios son desproporcionadamente onerosos y en muchos casos insuficientes para quien adquirió confiando en la anotación preventiva y en la certificación de dominio y cargas.

El problema se abordó expresamente en la STS de 7 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2793), que reconoció una especial significación a la certificación de dominio y cargas (art. 656 LEC), declarando que desde su fecha la anotación preventiva de embargo «adquiría estado» y no podía resultar modificada por ninguna alteración posterior. De esta forma, aunque la anotación caducara

---

28. Téngase en cuenta que la redacción vigente del art. 86 LH (dada por la disposición final novena de la LEC 1/2000) incorporó la posibilidad de pedir prórrogas sucesivas de la anotación, pero sin que se pudiera entender que una vez prorrogada no caducaba hasta que así lo ordenase expresamente la autoridad que las decretó. Se pretendía de esta forma evitar que pudiera convertirse en perpetua.

29. Adviértase que en ningún caso pueden contarse los efectos derivados del principio de prioridad registral desde la fecha del decreto de adjudicación (aunque todavía estuviese vigente la anotación) sino desde su presentación en el Registro de la Propiedad (cfr. arts. 24 y 32 LH).

30. Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El adjudicatario en la subasta judicial de bienes inmuebles: las vicisitudes registrales de esta adquisición y responsabilidad civil», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón* (coordinadores: Ataz López, J. y Cobacho Gómez, J. A.), vol. II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 351-356.

después de la adjudicación seguía produciendo su finalidad, abriendo paso a la inscripción de la nueva titularidad y a la cancelación de cargas solicitadas[31].

Sin embargo, por razones de seguridad del tráfico inmobiliario, la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado defendió la aplicación del art. 86 LH con arreglo a su tenor literal. Entendía, con razón, que sin una norma que modificara dicho precepto la nota marginal de la certificación de dominio y cargas no podía provocar una prórroga indefinida de la anotación preventiva. En consonancia con lo anterior, el Centro Directivo aclaró que una vez que esta caducara debía rechazarse la inscripción del decreto de adjudicación, sin que pudiera alegarse error alguno en la calificación negativa del registrador. Por consiguiente, el eventual asiento de dominio que se practicase a favor de un tercero distinto del ejecutado, se encontraría a partir de la cancelación de la anotación preventiva bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 1.3 LH) y no podría ser cancelado sin el consentimiento del titular prestado en escritura pública o resolución judicial (art. 82 LH)[32]. Se derivaba así al juez la decisión del conflicto sobre lo que en esos casos se purga y lo que debe subsistir, dando audiencia a todas las partes afectadas.

El Tribunal Supremo se hizo eco de estas preocupaciones en la interesante sentencia del pleno de la sala primera, de 4 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1497), en la que tuvo que matizar su doctrina anterior sobre tan espinosa cuestión. En concreto, precisó el alcance de la certificación de dominio y cargas y, descartando que pudiera causar «estado definitivo» de la anotación —que es lo que había declarado la sentencia de 7 de julio de 2017—, concluyó que dicha certificación constituía una prórroga temporal automática de cuatro años. Solventaba de esta manera, mediante lo que calificó como una «interpretación sistemática y teleológica del ordenamiento jurídico registral y procesal» el problema que el tenor literal del art. 86 LH venía planteando en los procedimientos de ejecución[33].

Es evidente la importancia de esta sentencia, pues no solo sentó jurisprudencia, sino que, al hacerlo, obligó a cambiar para el futuro aspectos clave del procedi-

---

31. Recuérdese que la certificación de domino y cargas, solicitada por el letrado de la Administración de Justicia y expedida por el registrador de la propiedad, de la que dejará constancia mediante nota marginal, tiene por finalidad fundamental informar de las cargas y gravámenes que pesan sobre el inmueble y advertir de la posible subasta a los interesados en contratar con el dueño o a los titulares de derechos que accedan al Registro después de haberse iniciado el procedimiento a que se refiere (art. 143 RH).

32. *Vid.* la resolución de la DGRN de 9 de abril de 2018 (BOE 30 de abril).

33. Para un examen minucioso de la sentencia, elogiando la solución a la que llega el Tribunal Supremo en su labor de complementar el ordenamiento jurídico a falta de una respuesta legal, cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La solicitud de certificación de cargas en la ejecución dineraria como petición implícita de prórroga de la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS 237/2021, de 4 de mayo (JUR 2021, 141552)», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 55, 2021.

miento registral[34]. En efecto, el Tribunal Supremo no se limitó a resolver el caso concreto, sino que innovó el ordenamiento jurídico creando una prórroga derivada de la expedición de la certificación de dominio y cargas. Pero no debe ignorarse que esta solución, que evita al adjudicatario unos perjuicios que no debía soportar, podría afectar negativamente a terceros o a adjudicatarios de buena fe en procedimientos posteriores respecto de los que se pretenda mantener la eficacia de una anotación anterior caducada. Aunque en el momento presente las subastas electrónicas facilitan la actualización de la situación registral de los bienes que constituyen su objeto, la pregunta que tenemos que hacernos es esta: ¿no sería necesaria la reforma del precepto por vía legal?

IV. Particularidades de la ejecución procesal por deudas de persona casada

1. Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge

La ejecución procesal presenta algunas particularidades cuando el deudor ejecutado es persona casada, pues obliga a coordinar las normas civiles de régimen económico matrimonial con las procesales y registrales. Las principales dificultades se plantean en el marco de la sociedad de gananciales —y otros regímenes forales de comunidad— cuando la ejecución se sigue por deudas privativas de uno de los cónyuges que carece de bienes propios o cuando los que tiene son insuficientes para hacer frente a sus obligaciones.

En estas situaciones el patrimonio común responde subsidiariamente por el valor que sobre el conjunto corresponde al deudor, por eso, para evitar que el acreedor embargue bienes que exceden de ese valor, el art. 1373 CC prevé que su cónyuge pueda solicitar la disolución de la sociedad de gananciales —o el régimen de comunidad de que se trate— y exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta en ella el ejecutado[35].

Las consecuencias procesales de esta norma sustantiva se regulan en el art. 541 LEC, que resuelve algunas lagunas que habían quedado pendientes, distinguiendo dos fases: la de oposición al embargo de bienes comunes (apdo. 2) y

34. De hecho, la Dirección General tuvo que adaptar su doctrina favorable a la literalidad del art. 86 LH a la solución jurisprudencial, flexibilizando el controvertido régimen de caducidad del citado precepto (*vid*. la resolución de la DGSJFP de 14 de julio de 2021, BOE 29 de julio).

35. En la práctica se admite el embargo de la cuota global que le corresponde al cónyuge deudor en la masa patrimonial común, cuyo reflejo registral se realizará mediante anotación (art. 166.1ª, *in fine*, del Reglamento Hipotecario). Lo que no es posible es la subasta de esa cuota llamada a ser sustituida tras la liquidación del régimen de comunidad por los bienes que se adjudiquen al deudor: son estos los que serán objeto de ejecución específica (*vid*. la resolución de la DGSJFP de 14 de noviembre de 2023, BOE 4 de diciembre).

la del ejercicio de la facultad de disolución del régimen económico de comunidad (apdo. 3).

Así, en lo que aquí importa, debe partirse de la ejecución seguida «a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las deba responder la sociedad de gananciales» (art. 541.2 LEC). Se admite la posibilidad de que la demanda ejecutiva se dirija contra el cónyuge deudor; pero como es evidente que en este tipo de cuestiones también estará interesado su consorte, en cuanto cotitular del patrimonio común, rechazada la regla del litisconsorcio pasivo necesario, que exigiría llamarle al pleito, se considera suficiente notificarle el embargo, dándole traslado de la demanda y del auto que despacha la ejecución. En esta fase inicial, su defensa consistirá en oponerse a la ejecución si «los bienes gananciales no deben responder de la deuda» que ha dado lugar al embargo. A este respecto conviene hacer una aclaración: de las deudas contraídas por un cónyuge responden siempre los bienes gananciales, sea de forma solidaria (cuando la deuda es ganancial) o de forma subsidiaria (cuando es propia)[36]. Otra cosa es que únicamente en este último caso es en el que cabe la oposición del cónyuge no deudor (art. 1373 CC). Por eso, hubiera sido más adecuado que la norma procesal dijera que este trámite procederá cuando se embarguen bienes comunes por deudas propias o privativas de uno de los cónyuges[37].

En una segunda fase, habiendo quedado acreditado que la deuda por la que se sigue la ejecución es propia del cónyuge deudor, se notificará el embargo al otro para que pueda solicitar la disolución de la sociedad de gananciales (art. 541.3 LEC)[38]. No se acaba de comprender la necesidad de esta nueva notificación cuando ya la hubo en el previo incidente de oposición; el caso es que, tal como está redactado el precepto, resulta imprescindible para abrir formalmente el trámite que ahora nos ocupa. El tribunal decidirá entonces «lo procedente sobre su división», lo que permite entender que la liquidación y el reparto po-

---

36. Se plantea en este apartado una densa problemática que aquí solo puede ser esbozada en líneas esenciales. Hay deudas de un cónyuge que son calificadas como gananciales (arts. 1365, 1366 y 1368 CC) de las que, frente a terceros, responde directamente su patrimonio y, solidariamente, el patrimonio común (art. 1369 CC). El Código civil no contiene enumeración alguna de las deudas de un cónyuge que deben considerarse privativas, por lo que se entiende que tendrán ese carácter todas las que no sean gananciales (es decir, las que no estén comprendidas en los arts. 1365, 1366 y 1368 CC); de ellas, frente a terceros, responde directamente el patrimonio del deudor y solo subsidiariamente el patrimonio común (art. 1373 CC).

37. Sobre la naturaleza de la deuda, la norma procesal deja claro que las contraídas por un cónyuge no se presumen gananciales, de manera que deben ser tratadas como personales de este, correspondiendo al acreedor la prueba en contra. Evidentemente esta fase no será necesaria cuando el título ejecutivo sea judicial y contenga un pronunciamiento sobre la naturaleza privativa de la deuda.

38. En el Derecho civil aragonés se concede al cónyuge del deudor la opción de una liquidación provisional del consorcio conyugal, esencialmente contable, que no concluye con la división del patrimonio sino con la determinación del porcentaje y el valor que corresponde a cada uno en esa masa. La ejecución proseguirá tan pronto se constate en el inventario aprobado judicialmente la existencia de bienes que sobrepasan el valor que ha de quedar a salvo, y solo sobre aquellos bienes, alzándose el embargo sobre los demás (cfr. art. 225.1 del Código del Derecho Foral de Aragón).

drá llevarse a cabo mediante acuerdo de las partes y, en su defecto, de conformidad con lo ordenado en la ley procesal (arts. 806 a 811 LEC).

Es evidente que la medida analizada está pensada para proteger a la familia, pues de no ser por ella el ejecutante podría seguir el apremio contra todo el patrimonio ganancial y la ejecución se tramitaría como si del crédito que se recoge en el título ejecutivo respondieran los bienes comunes. Sin embargo, desde la perspectiva del acreedor esa medida merece otra valoración, dado que puede causarle un serio problema de difícil justificación y solución en orden al cobro de su crédito. Vale la pena detenerse en ello.

De entrada, debe tenerse en cuenta que el legislador no señala plazo alguno para que el cónyuge del deudor solicite la disolución de la sociedad de gananciales. Solo algunos Derechos forales han señalado entre sus normas plazos específicos a partir de la notificación del embargo, así: nueve días según el Fuero Nuevo de Navarra, en relación con la sociedad de conquistas (ley 93.V) y quince días según la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, en relación con régimen de comunicación foral de bienes (art. 138.b). En los casos en que sea otra la norma sustantiva aplicable cabe entender que esa posibilidad de defensa decaerá cuando el procedimiento de ejecución llegue a un estado en que sea inviable, es decir, con la transmisión de los bienes en la subasta judicial.

Pero este no es el único problema ni el más relevante que puede encontrarse el acreedor. Y es que una vez disuelto el régimen económico de comunidad de que se trate existe otro riesgo: que ninguno de los cónyuges solicite su liquidación o que ambos la demoren injustificadamente. Ante la ausencia, aquí también, de un plazo legal para llevar a cabo esas operaciones, dicha inactividad podría abocar al ejecutante a una espera interminable para la satisfacción de su derecho, pues quedaría en suspenso la ejecución hasta conocer los bienes atribuidos al deudor y proseguir sobre ellos el proceso. Es cierto que las prácticas dilatorias podrían evitarse si se le reconociera legitimación por subrogación para instar la formación judicial de inventario, pero ello tampoco impediría que se viera expuesto a una demora significativa. Y es que, si surgiera desacuerdo entre los cónyuges sobre el inventario, la valoración de los bienes o el reparto —lo que podría crearse artificialmente con el propósito de retrasar la adjudicación y pago—, el art. 809.2 LEC remite primero a un juicio verbal, y el art. 810.5 LEC al procedimiento de división de herencia, que a su vez conduce a un verbal que carece de eficacia de cosa juzgada[39]. Teniendo en cuenta

39. Para un examen extenso de los numerosos problemas teóricos y prácticos que plantea la liquidación de la sociedad de gananciales, tanto sustantivos como procesales, con consideraciones críticas sobre los procedimientos aplicables (dos, tres o cuatro en uno), véase la obra de VIVAS TESÓN, I., *El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial*, 3.ª edición, Madrid, Bosch-Wolters Kluwer, 2018.

que esto puede traducirse en años de espera, no cabe duda que la solución resulta inoperativa y, como se ha apuntado anteriormente, frustra las expectativas de cobro del acreedor cuando existen bienes suficientes en el patrimonio del deudor susceptibles de realización[40].

La Ley Orgánica 1/2025 ha introducido en el juicio verbal la posibilidad de que el juez, a la vista de las peticiones en materia de prueba de las partes, pueda decidir que no haya lugar a la celebración del acto de la vista aun cuando aquellas lo hayan solicitado, evitando así un retraso infundado en la resolución de los pleitos. Con todo, un procedimiento como este, dada su larga y compleja tramitación y los problemas y daños de todo tipo que puede llevar aparejados, creo que requiere algo más: una respuesta legal específica, adaptativa o innovadora, que permita corregir la desigualdad de los contendientes y procurar que la norma cumpla el objetivo para el que fue dictada[41].

2. Ejecución sobre vivienda familiar por deudas de un cónyuge

A) Algunos apuntes introductorios

En nuestro ordenamiento jurídico la vivienda habitual es un bien embargable, de modo que despachada la ejecución sobre ella su destino normal será la realización forzosa con el consiguiente lanzamiento del deudor ejecutado. Aunque este procedimiento es uno de los que concentra mayor acción política y legislativa, no se ha previsto ningún estatuto jurídico específico, salvo el trato privilegiado que recibe en aspectos concretos del apremio con el fin de que la enajenación en subasta judicial se realice en condiciones más favorables que las establecidas respecto de bienes de otra naturaleza[42].

En el marco de la ejecución hipotecaria se han regulado requisitos más estrictos para llevarla a cabo, se ha promovido la búsqueda de soluciones alternativas como la reestructuración de la deuda o la negociación con la entidad finan-

---

40. Con razón, refiriéndose a la ejecución forzosa seguida sobre vivienda habitual, GARCÍA-ROSTÁN cuestiona desde la perspectiva de su eficiencia la medida regulada en los arts. 1373 CC y 541 LEC (cfr. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *La vivienda habitual en la ejecución forzosa*, cit. p. 37).

41. Téngase en cuenta que en determinadas situaciones —nulidad, separación o divorcio— son los propios cónyuges los que pueden estar interesados en una pronta liquidación del régimen económico disuelto, pero si no hay acuerdo entre ellos —lo que será más probable cuanto más haya durado el matrimonio por la dificultad de probar determinadas operaciones, tanto de activo como de pasivo— el interminable procedimiento judicial puede provocar que la parte más débil acabe aceptando lo que le dan por imposibilidad de continuar litigando.

42. Me remito en este punto a las normas sobre el umbral mínimo de adjudicación de la vivienda habitual del ejecutado que se han examinado al comienzo de este trabajo bajo el epígrafe «II.2. La unificación de los efectos de las subastas con y sin postores por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de Justicia».

ciera, y se han fijado plazos y exigencias adicionales respecto del consumidor ejecutado, previendo la suspensión del lanzamiento en situaciones de vulnerabilidad económica[43]. Respecto de los empresarios, personas físicas, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización estableció un régimen particular de la vivienda habitual por medio de la figura del empresario de responsabilidad limitada[44]. Y en el ámbito concursal, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva de reestructuración e insolvencia, que introdujo la posibilidad de exoneración del pasivo insatisfecho, permite en determinadas circunstancias conservar la vivienda hipotecada si el plan de pagos se extiende durante cinco años[45].

No podemos detenernos aquí en el examen de todas estas medidas, que podrían dar lugar, cada una, a un trabajo monográfico. Lo que desde luego sería deseable es que se dictaran normas que abordaran el problema de la ejecución de la vivienda habitual con carácter general y no de forma tan fragmentaria y provisional como viene ocurriendo hasta ahora. Precisamente esa pérdida de la idea de sistema y de las nociones básicas acerca de la finalidad y funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico acaban provocando desequilibrios en perjuicio del deudor ejecutado por razones que no están ligadas necesariamente a la ejecución procesal.

Lo podremos comprobar en seguida, con referencia a la vivienda que no solo es la habitual del deudor ejecutado, sino la de su familia. No hay para esta última ningún régimen jurídico específico distinto del previsto para aquella, salvo las normas que exigen el consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos de disposición voluntaria y el sistema de notificaciones del embargo al cónyuge del deudor cuando se sigue la ejecución sobre ella. Veamos.

B) Sobre la posible atribución preferente de la vivienda familiar al cónyuge no deudor en la división del patrimonio común

En las situaciones de normalidad matrimonial la protección de la vivienda familiar se concreta en la limitación de la libertad de disponer del cónyuge propietario, que necesita el consentimiento del otro para su válida enajenación

---

43. Cuestión distinta es si esas normas, muchas de ellas producto de urgencias y necesidades mediáticas, han cumplido su designio protector.

44. Su propósito era evitar que la responsabilidad por deudas empresariales afectara a su vivienda habitual bajo determinadas condiciones, pero el resultado de la ley no ha sido el esperado, tal como demuestra el escaso uso que se ha hecho de esta figura en la práctica.

45. Las dudas interpretativas que plantea esta posibilidad han sido tratadas extensamente por CUENA CASAS, M., en «Vivienda familiar y concurso de acreedores (1) (2)», *Actualidad Civil*, núm. 9, 2023, pp. 10-22.

(arts. 1320 y 1322 CC). Se trata así de evitar posibles actuaciones unilaterales del dueño que pudieran resultar perjudiciales para el interés de la familia. Por eso, toda persona casada que sin la presencia o consentimiento del otro solicite la inscripción en el Registro de la venta o gravamen de una vivienda de su propiedad, tendrá que manifestar expresamente que no tiene carácter familiar, pues se presume que lo tiene (art. 91 RH). Se impide así que un tercero pueda llegar a adquirir de buena fe del vendedor y resultar protegido en la adquisición (art. 34 LH).

En los supuestos de enajenación forzosa de la vivienda por deudas propias de un cónyuge no se precisa el consentimiento del no deudor, que es sustituido por un sistema de notificaciones del embargo —del que se hacen eco normas sustantivas, procesales y registrales— cuya finalidad difiere según la naturaleza ganancial (a) o privativa (b) de aquella.

a) Si la vivienda es ganancial, según vimos anteriormente, se notificará al cónyuge del ejecutado para que pueda hacer uso de la facultad de disolver el régimen matrimonial de comunidad y exigir su sustitución en la traba por la parte que corresponde al deudor en la sociedad ganancial (art. 1373 CC y art. 541 LEC). No hay en la fase de liquidación norma específica alguna que permita al no deudor incluirla en su mitad con preferencia a cualquier otro bien ganancial, abonando en su caso el exceso, lo que requeriría que tuviera capacidad económica. Es evidente que los cónyuges podrán llegar a esta solución por la vía del acuerdo, pero si este no fuera posible y la vivienda se adjudicase a ambos en régimen de copropiedad, el no deudor no podrá evitar el embargo de la cuota indivisa y su consiguiente ejecución, quedando obligado a concurrir con extraños en la subasta judicial si quisiera salvarla.
   Precisamente para evitar esas situaciones y ayudar a la familia a satisfacer su necesidad primaria de alojamiento, el Texto Refundido de la Ley concursal (en adelante, TRLC) ha regulado una suerte de atribución preferente de la vivienda familiar ganancial o común a favor del cónyuge del concursado, siempre que opte por la disolución de la sociedad de gananciales, o del régimen de comunidad de que se trate, lo que será posible cuando se incluyan en la masa activa bienes comunes «que deban responder de las obligaciones del concursado» (arts. 125.1 y 193.2 TRLC)[46]. En la práctica, como ha manifestado PARRA LUCÁN, el cónyuge del declarado en concurso podrá pedir siempre la disolución del régimen de co-

46. En opinión de CUENA CASAS, la medida, que protege a la familia en su conjunto, debiera generalizarse a la ejecución ordinaria: *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008, p. 288.

munidad, porque los bienes comunes responden siempre de las deudas del concursado[47]. El juez acordará la liquidación y división y este tendrá derecho a que la vivienda se incluya con preferencia en su haber hasta donde alcance, abonando en su caso el exceso. A falta de un criterio legal de valoración, hay que tener en cuenta el art. 194 TRLC, que regula los derechos de adquisición preferente por el cónyuge del concursado de los bienes gananciales incluidos en la masa activa, estableciendo que el valor de la vivienda habitual será «el mayor entre el de tasación que tuviera establecido o el de mercado»[48]. Debe ponerse de relieve, siguiendo en este punto el razonamiento de CUENA CASAS, que dicha regla puede promover en ciertas circunstancias un enriquecimiento injustificado de los acreedores: ciertamente no planteará problema si, como suele ser usual, la vivienda está hipotecada y existe un informe de tasación en sede concursal; pero si no es el caso y hay un valor de tasación superior al de mercado, deberá prevalecer para que el cónyuge adquiera la vivienda, lo que no tiene mucho sentido teniendo en cuenta que perjudica a un bien indispensable[49].

b) Si la vivienda sobre la que se sigue ejecución fuera privativa del deudor, pero hubiera constancia registral de su condición familiar —lo que no será corriente en situaciones de normalidad matrimonial, dado que esa afectación se produce tácitamente— se notificará el embargo al otro cónyuge que quedará informado de que se ha iniciado un procedimiento de ejecución conducente al desalojo del inmueble (art. 144.5 RH). Pero si el referido carácter de la vivienda no figurase en el Registro se procederá a la anotación del embargo sin notificar siquiera al cónyuge del deudor, pues no compete al registrador la defensa de los intereses que pudieran menoscabarse en el procedimiento seguido. Así las cosas, salvo pagar la deuda, poco más podrá hacer para impedir la ejecución[50].

---

47. Con referencia al art. 77 de la anterior Ley Concursal, del que es trasunto el vigente art. 125 TRLC, y comentando las dificultades interpretativas que plantea el precepto, aclara la autora que la causa de disolución que contiene no requiere constatar la existencia en la masa de bienes comunes que deban responder de deudas privativas del concursado, sino sencillamente la existencia de bienes comunes en la masa, que responderán de las deudas del concursado, en ocasiones de forma directa (art. 1369 CC) y en otras de forma subsidiaria (art. 1373 CC). Cfr. PARRA LUCÁN, M. A, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, pp. 272-274.

48. La vigente redacción del precepto procede de la Ley 16/2022, de 5 de diciembre, de reforma del TRLC, que suprime la regla especial que establecía como valor de la vivienda el de adquisición, actualizado conforme al índice específico de precios al consumo, sin que en ningún caso pudiera superar el del valor del mercado.

49. Cfr. CUENA CASAS, M., «Vivienda familiar y concurso de acreedores», cit., p. 7.

50. *Vid.* la resolución de la DGSJFP de 18 de marzo de 2021 (BOE 28 de abril).

V. Ejecución procesal sobre vivienda familiar cuyo uso se atribuyó al cónyuge del deudor en un procedimiento matrimonial

1. Consideraciones previas

Una de las medidas que debe decidirse en un proceso matrimonial es la atribución del uso de la vivienda familiar que, a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, corresponderá a los hijos comunes menores de edad —o mayores de edad, pero afectados de una discapacidad— y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 CC). Conviene tener en cuenta que esa atribución es independiente de la titularidad de la vivienda, que puede pertenecer en exclusiva o en régimen de copropiedad al cónyuge no beneficiado por el uso[51]. Precisamente, con el fin de proteger el interés familiar y la convivencia de los hijos comunes con el cónyuge custodio, el art. 96.3 CC no solo exige para disponer de ella el consentimiento de ambos cónyuges —o, en su defecto, autorización judicial—, sino que prevé que se haga constar en el Registro de la Propiedad esta restricción de la facultad dispositiva[52]. Teniendo en cuenta lo anterior, cuando el uso de la vivienda se atribuye al cónyuge que es su propietario en exclusiva, la constancia registral de dicha restricción puede considerarse superflua, pues desaparece el riesgo de que el dueño disponga unilateralmente de la vivienda en perjuicio del que tiene su disfrute[53]. Pero esta conclusión no es tan clara desde el punto de vista del proceso de ejecución. Sobre ello volveré más adelante.

Vayamos ahora al asunto que aquí nos interesa: la ejecución seguida sobre la vivienda después de la ruptura matrimonial. No se requiere el consentimiento del cónyuge del deudor, beneficiario del uso, pues solo está previsto para actos de disposición voluntaria. En estos casos, en principio, lo que procede-

---

51. La literatura jurídica sobre la atribución del uso es muy abundante y difícil de abarcar en una sola cita, por cuanto aquí interesa pueden consultarse: ORDÁS ALONSO, M., *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Madrid, Bosch, 2018; CERVILLA GARZÓN, M. D., «Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», *InDret* 4/2017, pp. 1-27 (https://indret.com/wp-content/uploads/2017/12/1345.pdf); GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad», en *La vivienda familiar* (directores: Sanciñena Asurmendi, C.; Fernández Chacón, I.; Gago Simarro, C.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, pp. 397-418.

52. Llama la atención que el propio art. 96.3 CC añade, *in fine*, que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». Como ha señalado la doctrina, esta previsión resulta innecesaria, por ociosa, desde el momento en que el uso consta en el Registro de la Propiedad; únicamente si no estuviera inscrito la protección de terceros vendría dada por las reglas generales del sistema y de la fe pública registral, a las que remite el referido inciso final del precepto (cfr. CUENA CASAS, M., «Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas», *El notario del siglo* XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 101, 2022, pp. 48-51).

53. *Vid*. las resoluciones de la DGRN de 10 de octubre de 2008 (BOE 7 de noviembre) y de 20 de febrero de 2015 (BOE 13 de marzo).

ría es notificarle el embargo —como sucede en la fase de normal convivencia del matrimonio— para advertirle de sus efectos, fundamentalmente, del desalojo (art. 144.5 RH). Lo cierto es que la constancia en el Registro de la Propiedad del derecho de uso provoca algunos conflictos con el embargo (y la hipoteca) que se han resuelto por la jurisprudencia con arreglo al principio de prioridad registral.

2. Colisión del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido en procedimiento matrimonial con el derecho del adjudicatario

Los problemas de la ejecución de la vivienda familiar afectada por el derecho de uso, como consecuencia de la ruptura conyugal, han sido abordados por la doctrina y la jurisprudencia, principalmente en el marco de la ejecución hipotecaria, con arreglo al principio de prioridad registral, deslindando el momento de constitución y de ejecución del gravamen. Así, si la hipoteca se constituye antes del matrimonio, o durante el mismo con el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1320 CC), la ejecución producirá la extinción de las inscripciones y cargas posteriores (art. 674 LEC y art. 134 LH), entre ellas, el uso que se hubiera atribuido al cónyuge del ejecutado en sentencia de nulidad, separación o divorcio; de manera que el adjudicatario de la vivienda en la subasta judicial la adquirirá sin ese derecho[54]. Sin embargo, si la hipoteca se constituye después de que el uso haya accedido al Registro de la Propiedad —lo que solo será posible con el consentimiento del propietario y del usuario (art. 96.3 CC)— deberá ser respetado tras la ejecución (arts. 668.2, 669.2 y 670.5 LEC)[55].

En consonancia con lo anterior, en los procesos de ejecución singular ordinaria habrá que llegar a parecidas conclusiones, tomando como referencia la anotación de embargo: si el uso ya constaba en el Registro será oponible al eventual adquirente en pública subasta y el cónyuge usuario permanecerá en la vivienda[56]. Por eso, cuando ese uso se atribuye al que es propietario exclu-

---

54. La misma solución debe defenderse en el caso de que el constituyente de la hipoteca no estuviera casado, aunque después contraiga matrimonio y la vivienda se convierta en el domicilio conyugal. Cuestión diferente es que en la escritura de préstamo deba constar el carácter habitual o no de la vivienda que se hipoteca (arts. 21.3 y 129.2.b de la LH), dado que determina la aplicación de unas normas u otras en fase de ejecución.

55. Vid. las Sentencias del TS de 8 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5062) y de 6 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:992); asimismo, las resoluciones de la DGRN de 8 de abril de 2015 (BOE 4 de mayo) y de 8 de marzo de 2018 (BOE 27 de marzo).

56. En el Código Civil de Cataluña, la eficacia real del derecho de uso no ofrece duda por lo dispuesto en el art. 233-25: «El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso». Sin embargo, en el marco del Código Civil la cuestión ha suscitado opiniones encontradas; así: defendiendo que la constancia registral del uso debería limitarse a publicar la restricción de las facultades dispositivas del cónyuge no usuario y que la notificación del embargo al usuario debería producir la extinción de ese derecho, cfr. CALMARZA CUENCAS, E. «Atribución judicial del

sivo de la vivienda, aunque la inscripción pueda ser innecesaria desde la perspectiva de la realización de actos unilaterales de disposición, podrá ser de utilidad frente a un embargo posterior por la protección añadida que le proporcionará a él y a sus hijos a cargo[57].

A la vista de todo lo expuesto, procede terminar este apartado con una reflexión: el interés familiar que justifica esta medida de protección, ¿no existe también cuando el cónyuge ejecutado se encuentra en una situación de normalidad matrimonial? Sin embargo, en este caso, no hay ninguna posibilidad de que pueda evitar el embargo de la vivienda que habitan él y su familia. Por eso, creo que la solución que se aplica en los casos de ruptura constituye una grave discriminación, sin fundamento legal, respecto de los matrimonios que mantienen la convivencia, pues la misma razón hay en estos casos para excluir el principio de responsabilidad patrimonial universal y mantener a los cónyuges e hijos en la posesión del inmueble. O, desde otro punto de vista, si partimos del carácter embargable de la vivienda familiar y del derecho del acreedor al cobro de su crédito, ningún motivo existe para que el titular del derecho de uso tras una ruptura permanezca en ella.

3. Situación contractual, registral y procesal del cónyuge titular del uso de la vivienda objeto de ejecución

En los casos de ruptura matrimonial, la especial configuración del uso de la vivienda permite disociar, desde una perspectiva sustantiva y registral, entre su titularidad y el interés protegido; ello en el sentido siguiente: el único titular del uso es el cónyuge al que se le atribuye, ya que la limitación de la facultad dispositiva solo se remueve con su consentimiento[58]. Otra cosa es el interés protegido por ese derecho, a saber, la convivencia del titular con los hijos bajo su custodia. Así pues, estos últimos solo son beneficiarios, de manera que no será preciso su consentimiento para disponer de la vivienda ni se practicará inscripción o asiento alguno a su favor[59].

---

uso de la vivienda familiar y los procesos de ejecución», en *Estudios de Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas*, Madrid, Dykinson, 2013, vol. 2º, pp. 945-946. En la misma línea, Sifre PuiG, R. F., «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Primera parte», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, 2021, p. 159.

57. Cabe preguntarse si en estas circunstancias tiene sentido mantener la notificación del embargo al cónyuge no deudor, prevista en el art. 144.5 RH, dado que la ejecución no se va a producir y no resultará afectado por sus efectos.

58. *Vid.* las resoluciones de la DGRN de 27 de diciembre de 2017 (RJ 2017/5862) y de 11 de enero de 2018 (RJ 2018/48).

59. La precisión puede ser importante en los casos en que el cónyuge propietario de la vivienda resulta, además, titular del uso en sentencia matrimonial en beneficio propio y de los hijos menores bajo su guarda. Si decidiera ven-

Queda por dilucidar la cuestión relativa a la situación procesal de ese cónyuge titular del uso en la ejecución forzosa una vez iniciada la fase de apremio, pues se discute si entonces debe ser tratado como un simple poseedor (art. 661 LEC) o como un tercer poseedor (art. 662 LEC). Ciertamente, seguir una opinión u otra tiene importantes consecuencias de cara a terceros que pretendan tener algún derecho sobre la vivienda por estar interesados en la adquisición: en el primer caso —esto es, si debe tratarse como un simple poseedor— habrá que comunicarle la existencia del procedimiento para que pueda presentar ante el tribunal los títulos que justifican su situación (arts. 656 y 689 LEC), mientras que en el segundo caso —es decir, si lo calificamos como un tercer poseedor— deberá ser considerado parte demandada y requerida de pago (arts. 685 y 686 LEC).

El Tribunal Supremo abordó la cuestión en la sentencia de 18 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1569), dictada en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria. El deudor ejecutado era el propietario de la vivienda, que la había adquirido en estado de soltero mediante préstamo garantizado con hipoteca, único gravamen vigente que existía sobre la finca tal como resultaba de la certificación registral de dominio y cargas. Constaba también en el Registro de la Propiedad la atribución judicial del uso a favor de la mujer con quien estuvo casado y de sus dos hijos comunes menores de edad. Tras la ejecución de la vivienda el registrador de la propiedad suspendió la inscripción de la adjudicación por considerar que la usuaria no había sido tratada como un tercer poseedor en el sentido del art. 662. LEC, esto es, como parte requerida de pago. Sin embargo, el Supremo aclaró ese concepto, precisando que es la persona que adquiere el bien después de la anotación del embargo o de la comunicación registral de su afectación a apremio forzoso, pero antes de la efectiva realización judicial[60]. En estos casos la ejecución prosigue sobre dicho bien, y eso es precisamente lo que justifica que se le reconozca la posibilidad de intervenir en el proceso y liberar el inmueble mediante la satisfacción al acreedor de lo que resulte debido por principal, intereses y costas.

Pero el cónyuge usuario no se encuentra en esa situación. Es un poseedor que tiene derecho a la notificación de la existencia de un proceso de ejecución, como un arrendatario o un ocupante de hecho, para que pueda hacer uso de los derechos que le reserva la ley, en concreto, el de continuar en la posesión con reserva de las acciones que pudieran corresponderle (arts. 661 y 675 LEC).

---

derla no sería necesario el consentimiento del marido en representación de esos hijos, bastando solo el del disponente (*vid*. la resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2009, BOE 9 de junio de 2009).

60. En la legislación hipotecaria tercer poseedor es el adquirente de la finca hipotecada o sujeta a anotación preventiva de embargo, cuya legitimación en los procesos de ejecución se regula en los apartados 4 y 5 del art. 38 LH. Pero, procesalmente, el concepto de tercer poseedor que utiliza el art. 662 LEC incluye no solo a quien adquiere la propiedad, sino el usufructo, la nuda propiedad y el dominio directo o el útil.

No sufre, pues, ninguna situación de indefensión, antes bien, procediendo de esa forma se garantiza que la subasta de la vivienda se llevará a cabo libre de cualquier situación personal que pueda perjudicar a los terceros interesados[61].

Conclusiones

No ofrece duda que las normas que regulan el proceso de ejecución, aunque encaminadas principalmente a la satisfacción del crédito del ejecutante, procuran un equilibrio razonable entre las partes y otros sujetos involucrados. Pero la realidad demuestra que entrañan riesgos contrarios a lo que pretenden y que, en ciertas situaciones, se produce una quiebra de la igualdad debida y del sistema de tutela de los derechos controvertidos. En el presente trabajo se han sometido a examen algunas de esas normas para identificar los problemas que plantean, analizar su aplicación por jueces y tribunales y proponer ciertas reformas, algunas de las cuales conviene recordar, en una formulación breve:

a) La reforma de los arts. 670 y 671 LEC por la Ley Orgánica 1/2025 ha sentado las bases para una aplicación más equitativa de las reglas sobre el importe mínimo de adjudicación de la vivienda habitual del ejecutado, aunque se ha perdido la ocasión de dar respuesta a otros interrogantes que esos preceptos, según su redacción anterior, ya venían planteando; b) La relevante cuestión del momento determinante de la adquisición de los bienes en una subasta judicial se explica por la jurisprudencia recurriendo al sistema del «título y modo» (art. 609 CC), lo que resulta forzado y produce inseguridad jurídica; por eso, debería aclarar el legislador el acto procesal que produce la transferencia del dominio en una ejecución: el decreto de adjudicación; c) para solventar el riesgo que supone para el adjudicatario el régimen de la caducidad de la anotación preventiva de embargo es precisa la modificación legal del art. 86 LH; ello en el sentido de asociar a la certificación de dominio y cargas la prórroga temporal de aquel asiento; d) la complejidad del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales —y de otros regímenes forales de comunidad— no puede traducirse en la frustración del derecho de acreedor al cobro de su crédito sobre los bienes de uno de los cónyuges; la posibilidad de que el juez pueda decidir en el juicio verbal que no haya lugar a la celebración del acto de la vista, introducida por la Ley Orgánica 1/2025, puede contribuir a evitar retrasos infundados, pero seguramente la solución pasa por una reforma de mayor calado; e) cuando se sigue ejecución sobre la vivienda familiar, el cónyuge titular del derecho de uso atribuido en un procedimiento matrimonial puede perma-

---

61. Cfr. a este respecto, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Atribución del uso de la vivienda del art. 96 CC: situación registral y procesal del cónyuge en el proceso de ejecución. Cometario a la STS 526/2023, de 18 de abril», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 124/2024.

necer en ella con arreglo al principio de prioridad registral; esta medida, que se basa en la protección del interés familiar, constituye una grave discriminación respecto de las situaciones de normalidad matrimonial, pues la misma razón hay en estas para mantener a los cónyuges e hijos en la posesión de la vivienda.

Las reflexiones y propuestas de reforma apuntadas no son respuestas aisladas a problemas coyunturales suscitados en el proceso de ejecución, sino que aspiran a lograr la estabilidad que reclama el principio de seguridad jurídica y de seguridad del tráfico jurídico con la vista puesta en los requerimientos que en este ámbito impone la justicia.

Bibliografía

Calmarza Cuencas, E., «Atribución judicial del uso de la vivienda familiar y los procesos de ejecución», en *Estudios de Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas*, Madrid, Dykinson, 2013, vol. 2º, pp. 925-947.

Castillo Martínez, C. del C., «Algunas reflexiones sobre el decreto de adjudicación y su calificación registral. La controversia sobre el art. 671 LEC», *Actualidad Civil*, núm. 6, 2022.

Cervilla Garzón, M. D., «Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», *InDret* 4/2017, pp. 1-27 (https://indret.com/wp-content/uploads/2017/12/1345.pdf).

Cuena Casas, M., «Vivienda familiar y concurso de acreedores (1) (2)», *Actualidad Civil*, núm. 9, 2023, pp. 1-28.

Cuena Casas, M., «Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas», *El notario del siglo* xxi*, Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 101, 2022, pp. 48-51.

Cuena Casas, M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008.

Domínguez Luelmo, A., «Especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca», en *Vivienda e hipoteca*, Madrid, Tecnos, 2018, pp. 241-334.

Domínguez Luelmo, A., «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: el problema de la adquisición en los procesos de ejecución», en *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios Europeos y Draft* (coordinadora: Gómez Laplaza, M. C.), Madrid, Dykinson, 2012, pp. 13 a 44.

Espejo Lerdo de Tejada, M., «La solicitud de certificación de cargas en la ejecución dineraria como petición implícita de prórroga de la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS 237/2021, de 4 de mayo (JUR 2021, 141552)», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 55, 2021.

Espejo Lerdo de Tejada, M., «El adjudicatario en la subasta judicial de bienes inmuebles: las vicisitudes registrales de esta adquisición y responsabilidad civil», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón* (coordinadores: Ataz López, J. y Cobacho Gómez, J. A.), vol. II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 327-372.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *La vivienda habitual en la ejecución forzosa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021.

GÓMEZ LINACERO, A. y CAMPO CANDELAS, J. «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: momento de transmisión y revisión crítica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788, pp. 3443-3495.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad», en *La vivienda familiar* (directores: Sanciñena Asurmendi, C.; Fernández Chacón, I.; Gago Simarro, C.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, pp. 397-418.

HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Vigencia y utilidad del concepto de jurisdicción. Una aproximación desde el proceso civil», en *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (coordinadores: Cachón Cadenas, M. y Pérez Daudí, V.), Barcelona, Atelier, 2019, pp. 79-95.

LAFUENTE TORRALBA, A., «Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales», en *Los vulnerables ante el proceso civil* (directores: Herrero Perezagua, J. F. y López Sánchez, J.), Barcelona, Atelier, 2022, pp. 23-62.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Subasta judicial y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.

ORDÁS ALONSO, M., *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Madrid, Bosch, 2018.

PARRA LUCÁN, M. A., *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.

SIFRE PUIG, R. F., «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Primera parte», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, 2021, pp. 135-221.

VERDERA SERVER, R., «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial», *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 25, 201, pp. 81-106.

VIVAS TESÓN, I., *El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial*, 3.ª edición, Madrid, Bosch-Wolters Kluwer, 2018.

Análisis crítico de la ejecución en el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios [1]

Rafael Castillo Felipe
Profesor Permanente Laboral de Derecho Procesal
Universidad de Murcia

Sumario. I. LA NECESIDAD DE REGULAR LA EJECUCIÓN COLECTIVA. II. LOS TÍTULOS EJECUTIVOS. III. CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DE CONDENAS DINERARIAS A FAVOR DE CONSUMIDORES DETERMINADOS. 1. Requisitos de la sentencia dictada a favor de consumidores determinados o en beneficio de estos y de un conjunto de consumidores indeterminados. 2. El cumplimiento voluntario. 3. La ejecución forzosa. IV. CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DE CONDENAS DINERARIAS A FAVOR DE CONSUMIDORES INDETERMINADOS. 1. El título ejecutivo y la necesidad de actividad ejecutiva en todo caso. 2. La fase expropiativa. 3. La fase distributiva. A) La designación del liquidador. B) Pago a los consumidores y posibles incidentes durante la fase distributiva. C) Rendición de cuentas, destino del sobrante y aparición de nuevos consumidores. 4. Propuesta de mejora del procedimiento de ejecución de condenas sin individualización de beneficiarios diseñado por el PLAC. V. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS EN LA EJECUCIÓN COLECTIVA DINERARIA. 1. La posición del tercer financiador en la ejecución de la sentencia colectiva a favor de consumidores indeterminados. 2. La concurrencia de acciones ejecutivas derivadas de condenas obtenidas a título individual con la ejecución colectiva. VI. UN BREVE APUNTE ACERCA DE LA EJECUCIÓN DE CONDENAS NO DINERARIAS Y LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA

I. La necesidad de regular la ejecución colectiva

La búsqueda de instrumentos para digerir la litigiosidad masiva derivada de las relaciones de consumo no es un fenómeno privativo del proceso declarativo.

1. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto «El proceso desigual: razón, diagnóstico y propuestas de intervención» (PID2022-139585OB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España y dirigido por los profesores Juan Francisco Herrero Perezagua y Javier López Sánchez) y en el marco de la Cátedra Jean Monet «The Transformative European Union Law Power II» (Project: 101175869 –TEULP II–), dirigida por el profesor Juan Jorge Piernas López.

También el proceso de ejecución requiere de ajustes que permitan, llegado el caso, acomodar la realidad al título ejecutivo originado por una acción colectiva. En relación con las acciones de tipo resarcitorio es donde surge los genuinos fenómenos de «ejecución colectiva», pues la necesidad de actuar el título en favor de un gran número de sujetos obliga a acuñar normas especiales que conjuren tanto la posición de debilidad de los consumidores como su desinterés racional. En este sentido, habrá que convenir que el dictado de la sentencia estimatoria de la acción colectiva no elimina como por arte de magia estas dos circunstancias que, a la postre, son las que originan la necesidad de los procesos colectivos.

Lo definitorio en la ejecución colectiva no es tanto el hecho de que haya una pluralidad de acreedores —algo que puede suceder en cualquier ejecución— como el tipo de título ejecutivo a actuar, que únicamente puede traer causa de una acción colectiva previa impulsada por la entidad legitimada a tal efecto —se resuelva esta en sentencia o por vía de transacción—[2].

Igualmente, la singularidad de que el título se haya creado a través de una entidad con legitimación representativa obliga a introducir desdobles en la condición de parte, en tanto que el acreedor —el consumidor— puede no ser quien conduzca el proceso de ejecución, de manera que es preciso armar mecanismos para garantizar que la transformación de la realidad se produzca a favor de quien no participó en el proceso declarativo y puede que tampoco en la ejecución. En otras palabras: hay que articular el tránsito del proceso colectivo conducido por la entidad con legitimación representativa a la satisfacción individual de los concretos consumidores.

Precisamente porque es necesaria la actuación previa de una entidad con legitimación representativa ejercitando una acción y una posterior satisfacción de acreedores previamente ausentes, pensamos que no hay ejecución colectiva de títulos extraprocesales[3].

---

2. Enseña GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas,* Civitas, Madrid, 2010, pp. 174-175, que las acciones colectivas que pretenden la tutela de los denominados intereses pluriindividuales encierran, en puridad, supuestos de pluralidad de pretensiones, pero el uso del singular en los términos «acción» y «colectiva» sirve para remarcar lo característico de esta institución, que es la presencia de una entidad con legitimación extraordinaria que insta la tutela de una sola vez en beneficio ajeno.

3. No lo es la del acuerdo resarcitorio que pueda alcanzar una entidad habilitada con el demandado, ya que para que la transacción colectiva despliegue sus efectos es necesaria la intervención y refrendo judicial. De ahí que, aunque el proceso colectivo no se haya sustanciado al completo, la necesidad de actividad jurisdiccional para conformar el título permite concluir que estos son también de factura procesal. Por lo demás, adviértase que la transacción alcanzada a título individual por un conjunto de consumidores con el empresario y elevada a escritura pública no daría, en nuestra opinión, lugar a una ejecución colectiva propiamente dicha, pues aquí no hay necesidad de transformar la realidad a favor de un conjunto de sujetos que estaban ausentes cuando se creó el título ejecutivo mediante la actuación de una entidad que los representaba.

Podría pensarse que la ejecución de la sentencia colectiva o del acuerdo resarcitorio revisten una importancia menor porque el denominado principio de normalidad nos dice que el empresario condenado siempre será solvente y observará la sentencia religiosamente. Y es que, si el demandado cuenta con magro patrimonio, ya se guardará la entidad legitimada de ejercitar una acción que tendrá costes y ningún retorno. Un tanto de lo mismo sucederá con los acuerdos resarcitorios, que llevarán incorporado su propio programa de cumplimiento, y que cabe presumir que el empresario observará de buena fe.

Ahora bien, estas premisas pueden encontrar excepciones, fundamentalmente, porque el solvente puede dejar de serlo —v. gr., por efecto del coste reputacional de la acción— o incluso puede tener la tentación de retrasar el cumplimiento o no estar a lo pactado[4]; escenarios que, en último término, podría potenciar un mal diseño del proceso de ejecución en esta materia. Así, parte de lo ganado mediante el ajuste de un sofisticado proceso de declaración para las acciones colectivas puede perderse si, llegado el caso, el ordenamiento no es capaz de ejecutar la sentencia en un tiempo razonable y con las debidas garantías para acreedores y deudores.

El fenómeno de la ejecución colectiva de pronunciamientos resarcitorios está insuficientemente regulado en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LEC—[5]. Asimismo, el escaso número de acciones colectivas ejercitadas tampoco ha permitido a los tribunales desarrollar e integrar las parcas previsiones legales.

La transposición de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses de los consumidores (en adelante, DAR), nos obliga a volver sobre esta cuestión irresuelta. El art. 9.6 de la norma citada señala: «Los Estados miembros velarán por que las medidas resarcitorias permitan a los consumidores beneficiarse de las soluciones que proporcionen dichas medidas resarcitorias sin necesidad de ejercitar otra acción». Se ha considerado que esta previsión mandata, en la medida de lo posible, evitar el proceso de ejecución y, cuando este sea insoslayable, impone un comportamiento activo de las entidades habilitadas y de los órganos jurisdiccionales que garantice que el consumidor, si así lo desea, pueda asumir

---

4. La doctrina ha advertido de la alta «volatilidad» que presentan algunas empresas condenadas por daños causados a un gran número de consumidores, vid. Ariza Colmenarejo, M., «Ejecución de sentencias colectivas en España y la Unión Europea», en AA.VV., *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro),* Armenta Deu, T.; Pereira Puigvert, S. (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 253-271, vid. p. 260, nota 13.

5. Al igual que lo ha estado en muchos países de nuestro entorno, vid. Armenta Deu, T., *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución,* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 98; Ariza Colmenarejo, M., «Ejecución de sentencias colectivas en España y la Unión Europea», cit., pp. 253-254.

una posición pasiva a la espera del resarcimiento[6]. Esta novedad afecta al esquema de principios que informan la ejecución y al rol tradicional del acreedor ejecutante, al que se presupone una actitud vigilante y un cierto celo en lograr su plena satisfacción. Por tanto, podríamos variar aquí el aforismo latino y señalar que el tradicional *vigilantibus iura succurrunt* ha de convivir en esta ámbito con el *dormientibus iura succurrunt*.

El Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios —en adelante, PLAC— parte de la premisa enunciada y diseña un sistema de cumplimiento voluntario y ejecución de los títulos ejecutivos colectivos en los nuevos arts. 873 a 885 LEC[7]. A partir de ahora, este trabajo se centrará en examinar los lineamentos principales de este régimen con el fin de sugerir eventuales propuestas de mejora.

II. Los títulos ejecutivos

Los títulos ejecutivos que pueden albergar deberes de prestación realizables en una ejecución colectiva son dos: la sentencia colectiva, que pasará a estar regulada en el nuevo art. 860 LEC, y los acuerdos resarcitorios, cuyo régimen se ubicará en los arts. 866 y ss. LEC.

En relación con la sentencia, se establece la identificación de los beneficiarios de la condena como regla general. Cuando la acción se haya certificado en régimen de adhesión u *opt-in,* estos beneficiarios siempre estarán identificados al dictarse aquella, puesto que la facultad de opción habrá de ejercitarse antes de que se celebre el acto de juicio (arts. 848.5, 856 y 857 LEC). En el caso de la certificación con exclusión u *opt-out* será cuando surja el eventual escenario de indeterminación. Si bien, el hecho de que la acción se certifique bajo

---

6. Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* Vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 1290-1323, vid. p. 1310, disponible en: DOI: https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5672, consultado por última vez el 30 de julio de 2025; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Armonización Europea de la tutela colectiva de personas consumidoras y usuarias: la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2020/1828 sobre acciones de representación», en AA.VV., *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, p. 145. Si bien, en nuestra opinión, el precepto admitiría una segunda lectura, que se concretaría en la prohibición de que el consumidor tenga que ejercitar una acción individual de condena sucesiva a la acción colectiva para obtener el resarcimiento. Esta interpretación no excluiría, en consecuencia, que pueda exigirse al consumidor un comportamiento activo en aras a lograr la ejecución del título colectivo.

7. El Proyecto se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* —BOCG—, *Congreso de los Diputados,* Serie A, núm. 48-1, el 14 de marzo de 2025, disponible en: https://acortar.link/kcwnGS [consultado por última vez el 30 de mayo de 2025]. Si bien, el texto había tenido ya entrada en las Cortes Generales, pues, en su momento y en lo que constituía un verdadero pastiche legislativo, se intentó tramitar junto con la Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (vid. BOCG, *Congreso de los Diputados,* Serie A, núm. 16-1, de 22 de marzo de 2024, disponible en: https://acortar.link/HKfuOM [consultado por última vez el 30 de mayo de 2025]). No hay, por tanto, cambios relevantes entre una y otra iniciativa.

edta modalidad no excluye automáticamente la necesidad de identificar a los potenciales beneficiarios cuando ello sea posible (art 844 b] LEC). De hecho, deberían agotarse las opciones de individualizar a los perjudicados, máxime cuando el PLAC otorga instrumentos procesales adecuados para ello, como las medidas de acceso a las fuentes de prueba (art. 838.1 y 860.1 LEC)[8]. Incluso parece posible que, en una misma sentencia, puedan estar identificados algunos consumidores y no otros.

El PLAC es menos contundente al regular la exhaustividad del requisito subjetivo en los acuerdos resarcitorios. Probablemente para no obstaculizar en demasía el pacto, no se impone un esfuerzo previo de determinación de los sujetos que se verán afectados por la transacción[9]. Al igual que sucede con la sentencia, si el acuerdo se alcanza bajo la modalidad de *opt-in,* la cuestión no reviste mayor problema, pues los beneficiarios son los que se han vinculado a la acción —si el acuerdo se alcanza después de la certificación— o expresamente al pacto —si la avenencia se logra antes de la certificación—. En cambio, cuando la vía escogida sea el *opt-out*, el escenario de indeterminación de los beneficiarios seguramente será frecuente, especialmente en casos en los que se busque el cierre rápido del asunto antes de la fase de certificación.

En aras de flexibilizar la adopción de acuerdos seguramente no resulte conveniente imponer el intento de individualización previa de los afectados por la transacción. Ahora bien, no cabe obviar que la ausencia de concreción de los beneficiarios introduce una mayor complejidad tanto en la fase de cumplimiento voluntario como en la hipótesis de que sea necesario ejecutar el acuerdo forzosamente. En el primer supuesto, el coste adicional que implica la indeterminación puede amortiguarse, ya que la transacción puede incorporar un programa de cumplimiento específico que minimice y absorba dicho coste. Sin embargo, en caso de ejecución forzosa, ese factor de complejidad incidirá directamente en el tiempo que el consumidor tardará en verse resarcido y en los gastos del proceso.

---

8. El PLAC señala que puede recurrirse al «retrato robot» del consumidor afectado «Cuando (sic) no sea posible una identificación individualizada». En nuestra opinión, cabría verificar cuáles son las circunstancias que impiden la identificación individual y, en su caso, si son fundadas, en la audiencia de certificación, al amparo del art. 846.2 LEC, que dispone que el tribunal podrá establecer si resulta apropiado el ejercicio de la acción colectiva resarcitoria y su ámbito subjetivo y objetivo. El problema surgirá si el tribunal considera posible pero no intentada la individualización. Consideramos que existirá aquí un defecto procesal subsumible en el art. 424 LEC. Por ello, lo razonable sería suspender el proceso y conceder un plazo a la entidad habilitada para que lleve a cabo la identificación (nótese que en este punto el régimen de subsanación del defecto que proporciona el citado art. 424 LEC resulta insuficiente). Si se descarta la opción propuesta y se aboga por dictar auto denegando la certificación, los drásticos efectos del art. 854.3 LEC podrían impedir el ejercicio de una nueva acción.

9. Compárese la dicción del art. 860.1 LEC: «Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá las características y requisitos necesarios para poder beneficiarse de sus pronunciamientos», con la de los arts. 864.2: «La solicitud de homologación expresará la cantidad que haya de pagarse a cada beneficiario o a cada categoría de beneficiario» y 867: «deberán especificarse en la solicitud los consumidores y usuarios que habrán de verse afectados por él, sea de forma individualizada, sea estableciendo las características y los requisitos necesarios para poder beneficiarse de aquel».

III. Cumplimiento y ejecución de condenas dinerarias a favor de consumidores determinados

1. Requisitos de la sentencia dictada a favor de consumidores determinados o en beneficio de estos y de un conjunto de consumidores indeterminados

La sentencia que identifica individualmente a los consumidores con derecho al resarcimiento fijará la cantidad que ha de pagarse a cada uno de ellos y el plazo para efectuar el abono directo por parte del condenado. Por tanto, a la vista del art. 860.3 LEC, parece que no será posible consignar únicamente la identidad de los consumidores y la cantidad total a pagar al conjunto de afectados. Todavía y cuando la cantidad total haya de repartirse a partes iguales entre los consumidores —y así se haga constar expresamente— cabría admitir este proceder. Si bien, cuando en una misma sentencia existan consumidores determinados e indeterminados —algo que ya vimos que podría ocurrir si la acción se certificase bajo el régimen de *opt-out*—, habrá de observarse también la regla de individualización tanto en su aspecto subjetivo —identificación del concreto consumidor— como objetivo —cuantificación del derecho de crédito del designado nominalmente en la resolución—.

Asimismo, el tribunal podrá imponer a los consumidores la carga de realizar determinadas actuaciones para facilitar el pago (v. gr., proporcionar un número de cuenta) y, en su caso, el plazo para ello. Igualmente, mandará que se dé publicidad a la sentencia por los cauces adecuados y, si lo estima procedente, ordenará al condenado que informe a los consumidores y usuarios afectados de manera individualizada (art. 860 LEC).

Expuesto lo anterior, veamos cómo regulan la ejecución y cumplimiento voluntario de estos títulos los arts. 873 y 874 LEC.

2. El cumplimiento voluntario

Como se adelantó antes, el PLAC trata de huir del proceso de ejecución y pretende potenciar el cumplimiento voluntario de la sentencia colectiva. Ahora bien, se da una cierta paradoja: y es que mientras se huye del proceso, se procedimentaliza un trámite extrajudicial y privado como es el la observancia de la prestación debida. Por tanto, no tenemos aquí proceso de ejecución, pero seguimos teniendo procedimiento para garantizar un cumplimiento judicialmente mediatizado[10].

---

10. La procedimentalización de actividades extraprocesales que tradicionalmente se han desenvuelto dentro de la esfera privada de las partes sin más reglas que las emanadas de su autonomía de la voluntad es uno de los signos de

Así, una vez firme la sentencia, el condenado deberá resarcir a los beneficiarios dentro del plazo fijado en la misma. Evidentemente, habrá que entender que dicho plazo sustituye al periodo de veinte días de espera para despachar ejecución (art. 548 LEC), aunque nada dice el PLAC al respecto. A efectos de evitar interpretaciones erróneas que pudieran concluir que este segundo plazo se añade al establecido por la sentencia colectiva sería bueno que se adicionase al citado art. 548 LEC un nuevo párrafo que disponga que no resultará de aplicación a las sentencias dictadas en los procesos del Título IV del Libro IV LEC.

Con el fin de cumplir, el condenado debe requerir extrajudicialmente al beneficiario la aportación de la información o la realización de las actuaciones accesorias impuestas por la sentencia (art. 873.2 LEC). Cuando el tribunal haya impuesto al empresario la obligación de comunicar la sentencia a los consumidores (art. 861 LEC) podrá aprovechar esa misma comunicación para requerir la actuación necesaria para llevar a cabo el pago.

El problema se suscitará cuando el consumidor no realice el comportamiento que funciona como presupuesto del cumplimiento del empresario. Para este evento, en el que el pago no resulta posible por razones no imputables al condenado, podrá este consignar lo debido en la cuenta de depósitos y consignaciones del tribunal. Una vez transcurrido el plazo de ejercicio de la acción ejecutiva sin que dichas cantidades hayan sido reclamadas, se devolverán al condenado (art. 873.4 LEC). Estas previsiones nos suscitan interrogantes y algunos reparos:

En primer término, para consignar se exige que las razones no imputables al condenado que han impedido el pago estén «debidamente acreditadas». Las dudas al respecto son varias: por un lado, ante quién hay que demostrar estas razones y, por otro lado, qué es lo hay que probar exactamente.

En relación con la primera duda manifestada, consideramos que la imposibilidad de pago directo habrá de acreditarse ante el LAJ, responsable de la cuenta de depósitos y consignaciones (arts. 459 LOPJ y 3.3 del Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales) y de dictar el decreto declarando el cumplimiento de la sentencia *ex* art. 873.5 LEC.

---

nuestro tiempo, de modo que se repudia el proceso pero no el procedimiento. Baste ver cómo la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia —en lo sucesivo, LMESPJ— ha impuesto numerosos requisitos de forma a la negociación privada y a otros medios autocompositivos de resolución de controversias. Podrá decirse que la forma —sinónimo de garantía cuando es rectamente concebida— se impone en estas actuaciones por los efectos procesales que la actividad negociadora previa al proceso puede tener en este, pero aun así no quedará desvirtuada la conclusión de que mientras se trata de evitar a toda costa el proceso, y dentro de este se huye de la rigidez de la norma y la forma (vid. Herrero Perezagua, J. F., «Legalidad, jurisdiccionalidad y funcionalidad de las formas» en AA.VV., *Aciertos*, *excesos y carencias en la tramitación del proceso,* Herrero Perezagua, J. F.; López Sánchez, J. [dirs.], Atelier, Barcelona, 2020, pp. 17-47), estas irrumpen en actividades otrora privadas.

Respecto al hecho a probar, serán «las razones no imputables al condenado» que obstaculizan el pago, referencia que debería entenderse hecha a las que enuncia el art. 1176 del Código Civil —en lo sucesivo, CC—; esto es, a la negativa injustificada del acreedor, la falta de constancia del domicilio de este o su ausencia del conocido, la imposibilidad física de recibir el pago, la disputa sobre la titularidad del crédito —v. gr., entre los herederos del consumidor finado— o cualquier otra circunstancia análoga a las anteriores[11].

En segundo lugar, dispone el apartado 5 del nuevo art. 873 LEC que, efectuadas las consignaciones debidas, el LAJ dictará decreto dando por cumplida la sentencia. La cantidad se mantendrá a disposición del consumidor hasta que transcurra el plazo de caducidad de la acción ejecutiva y entonces, si este no la ha retirado, se devolverá al condenado. Se imponen aquí algunas observaciones sobre el funcionamiento de este mecanismo de consignación y sus efectos.

En cuanto a la caducidad de la acción ejecutiva, debería precisarse con claridad cuál es el *dies a quo*, pues la previsión general de que este plazo comenzará a correr desde la firmeza de la sentencia (art. 518 LEC) resulta, en nuestra opinión, insuficiente. Fundamentalmente, porque el consumidor no tendrá interés en ejercitar la acción ejecutiva mientras no haya transcurrido el periodo de cumplimiento voluntario fijado en la sentencia, y este puede ser muy amplio[12]. De esta suerte, si el plazo de cumplimiento es generoso y la consignación se demora, el consumidor podría llegar a disponer de poco tiempo para retirar las cantidades.

Nótese que nada se dice acerca de la necesidad de anunciar la consignación al consumidor-acreedor y al resto de sujetos interesados en el acatamiento de la

---

11. La doctrina civilista, a efectos de identificar las situaciones en las que puede omitirse el ofrecimiento de pago, ha discutido sobre si es posible extender el tenor del art. 1176 a supuestos no expresamente enunciados en el mismo. Para PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «El cumplimiento de las obligaciones», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *et. al., Curso de Derecho Civil (II). Teoría General de la obligación y el contrato,* 4ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 133-163, vid. p. 155, cabe admitir esta posibilidad. En cambio, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias,* 6ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008, p. 609, entendía que los casos que contiene el precepto citado son limitados, de manera que en lo no previsto el ofrecimiento de pago y la calificación de la negativa a recibirlo resultarán necesarios antes de consignar. En cualquier caso, en lo que atañe a la ejecución de la sentencia colectiva, no pensamos que el art. 1176 CC permita omitir el requerimiento personalizado al consumidor para que realice el comportamiento que posibilitará al empresario cumplir con lo dispuesto en la sentencia; en otras palabras, no consideramos que quepa la liberación directa por consignación sin que medie antes intento de ofrecimiento de pago y, en caso de ser necesario, requerimiento al deudor para que observe la conducta impuesta en la sentencia para facilitar el cumplimiento. Y es que admitir la consignación directa podría provocar que, en muchos casos el consumidor no llegue a tener constancia de esta, con la consiguiente devolución de las cantidades al empresario en los términos que estudiaremos *infra.*

12. El PLAC tiene presente esta circunstancia a otros efectos, como puede verse en el apartado 3 del art. 873 LEC, que establece la obligación periódica del empresario de informar sobre el estado de los pagos cuando el plazo de cumplimiento de la sentencia sea superior a seis meses.

condena (v. gr., los eventuales deudores solidarios). Este anuncio es un requisito de validez para que la consignación tenga eficacia liberatoria según la legislación sustantiva (art. 1177 CC)[13]; de hecho, permite que el acreedor impida la liberación del deudor justificando su negativa a recibir al pago. Sin embargo, la regulación proyectada prescinde tanto del anuncio como de cualquier audiencia al consumidor previa al dictado del decreto de cumplimiento de la sentencia. Es más, no se especifica cuál debe ser el cauce procesal para solucionar las discrepancias que pudieran surgir entre consumidor y empresario respecto de las cantidades consignadas.

Lo anterior entronca plenamente con los efectos que se anudan a la consignación. Como se ha expuesto, depositada la cantidad, el LAJ dicta decreto declarando el cumplimiento de la sentencia. De mantenerse el redactado del art. 873.4 LEC tal y como está, ese decreto conllevará tanto la extinción de la acción ejecutiva del consumidor como de su derecho de crédito, con la subsiguiente liberación del empresario desde la fecha de la consignación[14].

No obstante, resulta llamativo que si el consumidor no retira las cantidades antes de que transcurran cinco años desde el dictado de la sentencia, estas se devuelvan al empresario. Esta solución, aunque pretenda ser amigable con el condenado, se acomoda mal al régimen sustantivo de la consignación y a los matices que la jurisprudencia ha introducido en este cuando se trata de deudas declaradas en sentencia. Así pues, según lo dispuesto en el CC, el deudor puede retirar lo consignado mientras el acreedor no lo acepte o se declare, en caso de no existir dicha aceptación, que la consignación está bien hecha (art. 1180. II CC). La recuperación de lo consignado —con o sin autorización del acreedor— deja subsistente la obligación. Y es que, en el régimen del CC, mientras el acreedor no hace suya la suma consignada, lo que existe es un mero depósito sin efectos liberatorios[15]. De lo contrario, se produciría un enriquecimiento injusto del acreedor que quedaría liberado de su obligación depositando las cantidades y recobrándolas después.

---

13. El art. 99.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria exige también la acreditación del anuncio, so pena de inadmisión de la solicitud de consignación.

14. En relación con la consignación mediante ingreso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, la jurisprudencia ha precisado que el deudor queda liberado desde la fecha en la que realiza el ingreso en la cuenta y no desde que se produce la entrega efectiva al acreedor del monto consignado. Vid., en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo —en adelante, TS—, Sala 1ª, núm. 579/2008, de 12 de junio [ECLI:ES:TS:2008:2718], fundamento de derecho primero: «La consignación de la cantidad a la que asciende el principal de la condena, efectuada por el deudor en la entidad bancaria y en la cuenta de consignaciones al efecto aperturada, con indicación del Juzgado a la que iba destinado el ingreso y las actuaciones a las que debía aplicarse, y con indicación asimismo del concepto al que respondía, debe considerase bastante a los efectos liberatorios de la obligación que pesaba sobre aquél». Y en el mismo sentido, la STS, Sala 1ª, núm. 177/1999, de 27 de febrero [ECLI:ES:TS:1999:1348].

15. Así lo anotó Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II…,* cit., p. 610.

En cambio, en relación con las consignaciones derivadas de reclamaciones judiciales de deudas, el TS ha establecido que la consignación produce los efectos de pago desde la fecha en la que se efectúa[16]. Por tanto, desde ese momento, las sumas abonadas dejan de pertenecer al deudor, ya que las ha utilizado para pagar una deuda entregándolas a un tercero a través de la cuenta de depósitos y consignaciones (art. 1157 CC). Ello justifica el tratamiento que se da en el art. 14 del Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, a las cantidades que no han podido entregarse a los beneficiarios, que pasan a la Cuenta de Fondos Provisionalmente Abandonados, pero no se devuelven al *solvens.*

Pues bien, lo que hace el régimen del PLAC es acoger una suerte de postura intermedia entre las previsiones sustantivas y la jurisprudencia de TS en perjuicio del consumidor acreedor, ya que la consignación tiene efecto liberatorio para el empresario, pero se entiende que mientras no se retiren las cantidades estas no han salido de su esfera patrimonial y, por ende, al estar en depósito, está justificada la devolución. Mas, como se ha expuesto, mientras hay mero depósito no hay liberación posible.

La opción del PLAC nos parece nociva para los fines que persigue la tutela colectiva, ya que fomenta que el empresario sea poco cuidadoso en la localización de los consumidores acreedores, pues le interesará liberarse consignando para que, más tarde, se le reintegren las cantidades si el deudor no ha tenido noticia de la consignación. Este retorno de lo pagado, sin duda, disminuye el efecto disuasorio que se persigue con los mecanismos de tutela colectiva.

En nuestra opinión, el régimen expuesto debería incorporar las siguientes mejoras: en primer término, habría que disponer expresamente la necesidad de que el empresario anuncie al consumidor la consignación; en segundo lugar, debería incluirse la posibilidad de que el acreedor se oponga a la consignación realizada a la vista del anuncio, resolviendo el juez en caso de discrepancia. Transcurrido el plazo para oponerse a la consignación, habría de dictarse el decreto declarando la liberación del deudor desde la fecha de aquella. Por último, debería asumirse en línea con la jurisprudencia del TS y con la regulación de las consignaciones judiciales, que las cantidades abonadas por el empresario salen de su esfera jurídica desde el ingreso en la cuenta de depósitos y consignaciones, de modo que, si el consumidor no las retira en el plazo fijado al efecto, deberían considerarse *res nullius* y destinarlas a otros fines; bien pudieran entregarse a las entidades habilitadas para que les apliquen a fines de

16. Vid. la STS, Sala 1ª, núm. 177/1999, de 27 de febrero [ECLI:ES:TS:1999:1348], fundamento de derecho cuarto: «frente a lo que sostiene el auto recurrido, la consignación efectuada por esta parte es una verdadera consignación y produce, desde la fecha en que se efectúa, todos los efectos del pago».

interés general o, en última instancia, ingresarse en el Tesoro Público siguiendo los trámites del art. 14 del Real Decreto 467/2006, de 21 de abril.

Para concluir, la eventual imposición de obligaciones a cargo del consumidor en la sentencia colectiva podría generar escenarios problemáticos, especialmente en el caso de que la prestación a realizar por el acreedor sea distinta a la de facilitar determinada información. Por ejemplo, devolver un determinado producto defectuoso. Debería aclararse si la sentencia colectiva que imponga una obligación de hacer al consumidor, sirve entonces como título ejecutivo para una contraejecución por parte del empresario frente al consumidor. A nuestro juicio, en ciertos supuestos y amparándose en alguna jurisprudencia menor, sería posible, salvo que se disponga expresamente lo contrario[17]. Y quizás habría que prohibir esta contraejecución.

3. La ejecución forzosa

Estudiada la eventual fase de cumplimiento voluntario de la sentencia colectiva que individualiza a los consumidores beneficiarios de la tutela resarcitoria, examinemos las especialidades del proceso de ejecución. Estas afectan a los presupuestos subjetivos del proceso, a las facultades del órgano ejecutor y a las medidas ejecutivas.

Los consumidores podrán instar el despacho de la ejecución a través de formularios normalizados sin valerse de abogado y procurador (art. 874.2 LEC). En sintonía con esta previsión, se dispone que la ejecución continuará de oficio (art. 874.3 LEC). En consecuencia, el tribunal podrá realizar directamente todos los actos que habitualmente requieren instancia de parte[18].

La previsión debe ser bienvenida, sobre todo porque los asistentes virtuales podrían ayudar a rellenar estos formularios sin demasiado problema. Eso sí, en nuestra opinión, se dará un trato desigual a los consumidores que hayan acudido a la acción individual y a los que se han sumado a la acción colectiva. Por

17. La cuestión de la eventual legitimación activa en la ejecución del demandado que sin ser demandante-reconvencional en el proceso declarativo es acreedor de una prestación según la sentencia es un problema recurrente en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales; problema que está, a nuestro juicio, insuficientemente resuelto en la LEC. No podemos detenernos ahora en esta cuestión, pero la hemos examinado con detalle en otro lugar, admitiendo la legitimación activa para instar la ejecución del condenado a una prestación de hacer que requiere una actuación previa por parte del acreedor. Vid. Castillo Felipe, R., *La oposición a la ejecución por defectos procesales: estudio del art. 559 LEC,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 82 y ss. También da cuenta del problema, Martí Payá, V., *Las partes en el proceso civil de ejecución,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 65 y ss.

18. Piénsese, por ejemplo, en la averiguación patrimonial (art. 590 LEC) o en la adopción de algunas medidas de garantía de la traba, como la anotación preventiva de embargo (art. 629 LEC).

ello, pensamos que a los que ejerciten la acción individual también se les debería permitir instar la ejecución sin postulación[19].

También se faculta a la entidad habilitada para que inste la ejecución en nombre de los consumidores (art. 874.2 LEC). En esta hipótesis, la titular de la legitimación representativa recabará los datos de los beneficiarios a través de la plataforma electrónica.

Como consecuencia de esta doble legitimación puede darse un fenómeno que no está resuelto, cual es el de la litispendencia ejecutiva. En efecto, no se dispone cómo se controlará que un mismo consumidor no inste la ejecución por sí mismo y a través de la asociación. Ciertamente, el art. 874.3 LEC prevé que las ejecuciones puedan acumularse[20]. Pero en caso de no mediar acumulación, el condenado podrá esgrimir la existencia de litispendencia ejecutiva como motivo de oposición procesal atípico, al menos si, como hacemos nosotros, se entiende que dichos motivos no son tasados[21]. En este escenario el consumidor o la asociación, según quien haya accionado después, acabará teniendo que pagar las costas del incidente que determina el sobreseimiento[22]. Por consiguiente, parece que lo mejor será evitar que la situación se produzca. Una solución razonable, basada en una lógica similar a la que se ha articulado para el proceso declarativo (art. 853 LEC), sería conceder un plazo a los beneficiarios de la sentencia para que ejercitasen la acción individual con carácter previo a la interposición de la demanda colectiva de ejecución. Una vez interpuesta la acción ejecutiva por la entidad habilitada, el consumidor no podría instar una una ejecución individual, pero podría personarse, si así lo desease, en la ejecución colectiva. Obtenido el monto adeudado, la entidad habilitada sería la encargada de repartirla entre los consumidores individualizados en la sentencia.

Por otra parte, en lo que atañe a las medidas ejecutivas, se establecen mecanismos de coerción para doblegar la voluntad renuente al cumplimiento del ejecutado. De modo que el tribunal, al despachar ejecución, ordenará que se imponga al condenado la multa por día de retraso en la cuantía que disponga el

---

19. Incluimos esta propuesta aun a sabiendas de que las presiones corporativas de los profesionales del foro hacen que sea difícil excepcionar este requisito.

20. Se trata de una acumulación en todo caso potestativa, tal y como evidencia la dicción del art. 874.3 LEC: «podrá acordarse de oficio la acumulación de ejecuciones».

21. Remitimos de nuevo a nuestro trabajo *La oposición a la ejecución…,* cit., pp. 39-44.

22. Si la segunda acción se ejercitó a través de la asociación, el hecho de que se sobresea parcialmente la ejecución, esto es, únicamente respecto del objeto que ya reclamó el consumidor en una primera ejecución, no pensamos que enerve la conclusión sobre las costas que se expone *supra*.

título ejecutivo (arts. 860.3 y 874.3 LEC)[23]. En líneas generales hay que alabar el potente efecto disuasorio de esta regulación, pero si la prestación a satisfacer fuera dineraria y el ejecutado presenta un patrimonio escaso o el líquido es poco, las astricciones, cuyo destino es el Tesoro Público, podrían acabar interfiriendo y dificultando la satisfacción tempestiva de los consumidores[24]. Por esta razón convendría precisar que las cantidades obtenidas del patrimonio del deudor, que seguramente tampoco abonará las multas, se destinarán a la satisfacción de los consumidores con carácter preferente.

IV. Cumplimiento y ejecución de condenas dinerarias a favor de consumidores indeterminados

1. El título ejecutivo y la necesidad de actividad ejecutiva en todo caso

El cumplimiento y exacción de condenas a favor de beneficiarios indeterminados es el caso genuino de ejecución de sentencias colectivas y el más problemático. El PLAC regula esta materia en sus arts. 875 a 881 LEC[25].

En este caso, el título ejecutivo debe contener las siguientes previsiones: a) las características y requisitos necesarios para que los consumidores puedan beneficiarse del mismo (art. 860.1 LEC); b) la cantidad máxima que ha de pagar el condenado para indemnizar los daños causados; c) el importe necesario para hacer frente a los honorarios del liquidador que se encargará de comprobar la identidad de los afectados y distribuir la suma objeto de condena entre ellos (art. 860.4 LEC); d) el plazo máximo en el que habrá de consignarse la suma debida.

El esquema previsto en los preceptos citados anteriormente permite distinguir dos grandes fases: una primera tendente a obtener la cantidad total que debe pagar el condenado, sea por vía de cumplimiento voluntario o por vía de ejecución; y una segunda en la que se nombra un liquidador para que distribuya el montante entre los beneficiarios bajo supervisión judicial.

---

23. Según el proyectado art. 860.3 LEC estas multas oscilarán entre seiscientos y sesenta mil euros por día de demora. Nótese que se ha extendido a la tutela resarcitoria el mecanismo coercitivo que ya contemplaba el art. 711.2 LEC para la ejecución de sentencias estimatorias de acciones de cesación.

24. Está claro que la multa tiene una finalidad preventiva del incumplimiento, más que reactiva, pues, como ha anotado la doctrina, la medida de ejecución idónea para lograr la satisfacción del acreedor de una obligación dineraria es siempre el embargo (ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Las «Astreintes» [su aplicación al proceso español],* Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, pp. 112-113).

25. Evidentemente, este régimen podría llegar a ser aplicable también a los acuerdos resarcitorios que no hayan configurado un programa de cumplimiento diverso al legalmente previsto.

La naturaleza de esta actividad de reparto no es totalmente nítida, pero consideramos, aunque la ley no la denomine así, que es en todo caso ejecutiva, tanto si ha mediado pago voluntario previo de la cantidad a distribuir como si esta se ha obtenido por vía de apremio. La razón de este parecer estriba en que hay actividad sustitutiva, que consiste en hacer algo que tendría que hacer el demandado: identificar a los sujetos dañados y pagarles con el fin de adaptar la realidad a la sentencia, y dicha actividad está controlada por el tribunal. En este sentido, nótese que no se da al demandado la opción de proceder por sí mismo al reparto[26]. Es más, incluso cuando el demandado cumple voluntariamente en la primera fase, habrá de provisionar una cantidad para las costas que generará la segunda (art. 875 LEC). El hecho de que se cuente con un tercero como auxiliar del tribunal para materializar el reparto no empaña la conclusión anterior, pues la presencia de auxiliares privados bajo supervisión judicial no muda la naturaleza de los actos de distribución que consisten en «hacer ejecutar lo juzgado».

Examinemos a continuación cada una de las fases que componen la ejecución.

2. La fase expropiativa

El cumplimiento voluntario se dará si en el plazo dispuesto en la sentencia el condenado ingresa el monto debido más una provisión adicional para las costas que genere la ulterior distribución (art. 875 LEC).

En caso de impago de la suma objeto de condena, habrá de despachase ejecución (art. 876 LEC). La novedad es que la ejecución podrá abrirse de oficio, a instancia de la entidad demandante, del Ministerio Fiscal o de cualquiera de los beneficiarios mediante los formularios puestos a su disposición.

El establecimiento de tantos sujetos legitimados sin ningún orden de prelación entre ellos plantea riesgos de signo opuesto. Bien que ninguno de ellos accione pensando que los demás tomarán la iniciativa, bien que todos accionen pidiendo la ejecución del mismo pronunciamiento pero mediante demandas individuales, incrementado así los costes y los tiempos de resolución.

---

26. Garnica Martín, F.; Ferreres Comella, A.; Díez-Picazo Giménez, I.; Aguilera Morales, M., «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», *Diario La Ley* [en línea], núm. 9938, 22 de octubre de 2021, disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/content/Inicio.aspx, consultado por última vez el 26 de julio de 2025 [ref. base de datos la La Ley: 10137/2021], han señalado que la posibilidad de encargar al condenado el reparto bajo la amenaza de sanción resultaría ajena a nuestra tradición jurídica y difícilmente arraigaría en la práctica, por lo que es preferible el reparto por tercero.

Por lo demás, en el modelo del PLAC la individualización de los consumidores siempre tiene lugar una vez se dispone del importe total de la condena, de modo que no se prevé un trámite para que el beneficiario no designado nominalmente en la sentencia pueda acreditar con carácter previo al despacho de la ejecución que cumple los requisitos para beneficiarse de ella. Incluso se deroga el actual art. 519 LEC[27]. En consecuencia, los consumidores sólo podrán impetrar la ejecución si figuran identificados nominalmente en el título y entendemos que sólo respecto de su crédito, ya que no se reconoce a estos sujetos legitimación representativa para actuar en favor del grupo de beneficiarios no identificados[28].

Consideramos que sería más sencillo que la entidad habilitada sea la que inste el proceso de ejecución. De hecho, debería entenderse que la legitimación que se concede a aquella cuando no se ejerce la facultad de desvinculación excluye las acciones ejecutivas individuales hasta que no se obtenga el monto común para pagar al grupo. En otro caso, una ejecución con la entidad habilitada y cientos de beneficiarios —suponiendo que se disponga de un trámite (inexistente en el PLAC) para que puedan acreditar su legitimación con carácter previo al despacho— puede ser muy difícil de manejar.

Sólo en el caso de que la entidad habilitada haya perdido esta condición o le resulte manifiestamente imposible ejercitar la acción, debería abrirse subsidiariamente la legitimación del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la posibilidad de abrir y conducir la ejecución de oficio, debería suprimirse, ya que puede provocar disfuncionalidades y escenarios desconcertantes, puesto que la regulación del Libro III de la LEC está pensada para acreedores-ejecutantes que están personados y participan activamente en la ejecución[29]. De hecho, en otros ámbitos donde la legitimación representativa encuentra aco-

---

27. Erróneamente el Proyecto actual deroga el art. 519 LEC *in totum,* sin tener en cuenta que el apartado 2 del precepto se dedica ahora a la extensión de efectos de las sentencias dictadas en el pleito testigo. En relación con el Anteproyecto lo advirtió De Lucchi López-Tapia, Y., «Armonización Europea de la tutela colectiva de personas consumidoras y usuarias: la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2020/1828 sobre acciones de representación», cit., p. 180.

28. No debe concluirse que en toda sentencia dictada en régimen de *opt-out* habrá indeterminación total de los beneficiarios. Incluso cuando la acción se certifique en esta modalidad, la entidad legitimada tiene que hacer constar en la demanda los nombres de los afectados que haya podido averiguar (arts. 844 1 b] LEC) y este extremo debe incluirse, asimismo, en el auto de certificación (art. 848.1 LEC) En este sentido, ha precisado López Sánchez, J., *La vinculación de los consumidores a la acción de representación,* Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2023, p. 74, que la determinación de los afectados no es una limitación del alcance de la acción colectiva, sino una identificación de los afectados. Por consiguiente, podría ocurrir que todos los consumidores dañados estén identificados, que los estén algunos sí y otros no o que sean todos desconocidos.

29. Piénsese, sin ir más lejos, en la realización de actos que toman en cuenta la voluntad del acreedor personado, como los pactos sobre los bienes a embargar —ciertamente infrecuentes— (art. 592.1 LEC), la adopción del convenio como forma de realización (art. 640 LEC); la suspensión de la ejecución (art. 565.1 LEC) o, tras las reformadas opera-

modo, el despacho de la ejecución se subordina a la petición del ente que cuenta con legitimación extraordinaria. Así sucede, por ejemplo, con la ejecución de sentencias que traen causa de un conflicto colectivo en el orden social (art. 247 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social).

3. La fase distributiva

A) La designación del liquidador

Obtenida la cantidad fijada en el título ejecutivo, se designará liquidador para que la reparta entre los beneficiarios. Para ejercer este cargo será necesario ser experto en contabilidad con una trayectoria mínima de diez años en el ejercicio de la profesión y contar con un seguro de responsabilidad civil acorde a la enjundia del encargo recibido. La elección de liquidador tendrá lugar por acuerdo de las partes o, en defecto de este, por designación del colegio profesional de la plaza donde tenga su sede el tribunal, que entendemos deberá ser el colegio de economistas (art. 877 LEC). Por lo demás, la nominación no se producirá de modo discrecional, sino de acuerdo con los criterios que haya fijado previamente el propio colegio.

Una vez nombrado, el liquidador queda sometido al estatuto de la administración concursal (art. 877.3 LEC), con todos los problemas que comporta el laberíntico régimen de vigencia de estas disposiciones[30]; máxime cuando el juez encargado de aplicar esta regulación estará poco o nada familiarizado con ella[31].

El nombramiento del liquidador se produce en virtud de auto, en el que, además, se indicará el plazo para realizar el encargo, se ordenará dar acceso a aquel

---

das por la LMESPJ, en la participación en la subasta del ejecutante como única forma posible de adjudicarse los bienes (art. 647.2 LEC).

30. En este sentido téngase en cuenta que todavía hoy siguen vigentes los arts. 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal —en adelante, LC—, en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ya que no se ha aprobado el desarrollo reglamentario al que remitían la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 25/2015, de 28 de julio, y la Disposición Transitoria Única del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal —en lo sucesivo, TRLC— Sobre el régimen anterior al TRLC, vid., por todos, TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico,* Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 99 y ss. Con todo, algunos autores han entendido que el art. 86 TRLC sí estaría en vigor para los aspectos no expresamente regulados en los citados arts. 27, 34 y 198 LC (vid. FACHAL NOGUER, N., «Límites a la retribución de la administración concursal: su aplicación tras la entrada en vigor del Texto Refundido», *La Ley Insolvencia* [en línea], núm. 1, 2021, disponible en: https://www.aranzadilaley.es/productos/la-ley-digital.html?retURL=https://laleydigital.laleynext.es, consultado por última vez el 29 de junio de 2025, ref. base de datos La Ley: 1628/2021).

31. No podemos detenernos ahora en esta cuestión, íntimamente ligada con las normas de competencia objetiva, así que remitimos al lector interesado a CASTILLO FELIPE, R., «Competencia y especialización para el enjuiciamiento de las acciones colectivas», en AA.VV., *El poder transformador del Derecho de la Unión Europea,* PIERNAS LÓPEZ, J. (dir.), TOMÁS TOMÁS, S.; CASTILLO FELIPE, R. (coords.), Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, pp. 305-330, vid. pp. 311-312.

a la plataforma electrónica y se dispondrá la entrega de la lista de consumidores que se han desvinculado de la acción (art. 878 y 852 LEC).

Nada se dice acerca del régimen de recursos frente a esta importante resolución. Como quiera que el art. 877.3 LEC dispone que serán de aplicación supletoria las previsiones de nombramiento de administradores concursales, sólo cabe colegir que el pronunciamiento relativo a la designación del liquidador será recurrible en reposición, y la resolución que resuelva este recurso será a su vez apelable (art. 103 TRLC). El resto de pronunciamientos únicamente serán impugnables en reposición. Lo cual nos parece insuficiente, sobre todo si se tiene en cuenta que el auto puede contener una delimitación subjetiva de los afectados complementaria a la fijada en la sentencia (art. 874.1 *in fine* LEC). En nuestra opinión, la solución no es tanto admitir la apelación contra el pronunciamiento complementario de concreción de los beneficiarios como suprimir la posibilidad de que se dicte dicho pronunciamiento. Y es que pensamos que ha de obligarse a las partes y al tribunal a ser exhaustivos en la elaboración del «retrato robot» de los consumidores durante el proceso declarativo, sin que quepan ulteriores modificaciones del título base. En otro caso, puede existir la tentación de tratar de corregir omisiones del proceso de declaración en sede de ejecución, alterando la intangibilidad del título previamente creado sin las debidas garantías para la parte condenada. Con todo, si se decidiese mantener esta opción, no nos cabe duda de que un extremo tan importante debiera ser susceptible de apelación[32].

B) Pago a los consumidores y posibles incidentes durante la fase distributiva

A la hora de pagar a los consumidores existen dos subescenarios a considerar: por un lado, si la sentencia identifica nominalmente beneficiarios concretos, el liquidador les abonará la cantidad sin que sea necesaria solicitud por parte de estos (art. 878.3 LEC).

Por otro lado, los consumidores no individualizados en la sentencia pueden solicitar el cobro a través de la plataforma electrónica de liquidación. Para ello tendrán que acreditar que reúnen los requisitos y características establecidos en el fallo. Si el liquidador entiende demostrada esta condición entregará las cantidades debidas al consumidor.

---

32. Sin ánimo de entrar a fondo en la cuestión, adviértase que si se considera, como hemos defendido nosotros, que esta fase distributiva es en todo caso proceso de ejecución, y que este auto se dicta en el marco del mismo, el empresario podría utilizar el art. 563 LEC para impugnar una delimitación complementaria de las características de los beneficiarios del título que transgreda el mismo. Lo cual le permitiría recurrir en reposición y, posteriormente, en apelación.

El PLAC disciplina dos incidentes para las situaciones de crisis en las que el pago no se produce con normalidad o es imposible realizarlo por haber consumido los fondos de la condena.

El primer caso se dará cuando el liquidador deniegue el pago o entregue al consumidor menos de lo que este entiende que debe percibir. Ante este rechazo total o parcial, el potencial beneficiario podrá reiterar de nuevo la solicitud ante el juez sin postulación y mediante formulario, al que deberán acompañarse los «principios de prueba o el documento en el que el consumidor funde su derecho» (art. 879.2 LEC). No está del todo claro si la referencia al principio de prueba funciona como mero requisito de procedibilidad, quedando la prueba de la legitimación sometida a las reglas generales, o si por el contrario se trata de incidir en el grado de certeza necesario para acreditar este extremo, de modo que resulte suficiente para el consumidor una prueba semiplena de las cualidades subjetivas que exige la sentencia; lo cual desplazaría la carga de probar la ausencia de ellas al liquidador y al empresario demandado.

Introducimos la apreciación anterior porque las referencias al principio de prueba se incorporan siempre en enjuiciamientos provisionales o no relativos al fondo[33]. En cambio, la determinación de si un sujeto es o no perjudicado a la luz del canon fijado en una sentencia de condena es una cuestión de fondo, aunque se determine después de dictarse aquella[34]. Por supuesto, entendemos la teleología de la previsión, que persigue que la acreditación de la condición de consumidor no se convierta en obstáculo y que, en su caso, sea el empresario condenado el que soporte el esfuerzo probatorio. Sin embargo, quizás esta lógica no deba regir en todas las situaciones, ya que mientras en algunos supuestos cabrá presumir que el empresario dispone de información sobre los afectados —por ejemplo, en la hipótesis de daños causados al hilo de la contratación— en otros, como los de responsabilidad extracontractual, la facilidad probatoria podría corresponder al consumidor-acreedor.

Para concluir, el incidente se resuelve mediante auto recurrible en apelación tramitada con carácter preferente. Aunque resulten de aplicación las reglas generales de la cosa juzgada formal y material, debería concretarse que si el conde-

---

33. Vid. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil,* 7ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 65-66.

34. Al estudiar el actual art. 519 LEC, LACUEVA BERTOLACCI, R., *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios: el art. 519 LECiv,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 124, indica que el auto que resuelve el incidente complementa la sentencia de condena resolviendo la pretensión de reconocimiento, es más, para él, en el proceso colectivo en defensa de intereses difusos, la resolución de individualización es la que pone fin al proceso declarativo iniciado por la asociación. En idéntica dirección, BONACHERA VILLEGAS, R., *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 127. En contra, SENÉS MOTILLA, C., *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 39, para quien el incidente del art. 519 LEC es una diligencia preparatoria de la ejecución.

nado participa en este incidente no podrá después, al impugnar la rendición de cuentas del liquidador, volver a plantear la cuestión sobre la legitimación del concreto consumidor.

En otro orden de cosas, a lo largo de la liquidación puede abrirse un segundo tipo de incidente. Tendrá lugar cuando el monto fijado en la sentencia resulte insuficiente para resarcir a todos los beneficiarios. Para este evento el nuevo art. 860.5 LEC dispone que el liquidador podrá solicitar el aumento de la cantidad, justificando «las razones del incremento» y el «nuevo importe al que deba ascender la condena». El tribunal dará traslado de la petición a la condenada y a la entidad habilitada y, tras ello, las citará a una vista que seguirá los cauces del juicio verbal. La crisis procesal se resolverá mediante auto apelable.

En nuestra opinión este incidente suscita dudas desde la óptica de la cosa juzgada material derivada de la sentencia de condena. En efecto, si el motivo que justifica el incremento del *quantum* es que la entidad demandante se equivocó al calcular el perjuicio global en su demanda (art. 844.1 e] LEC) o el número de afectados, la cosa juzgada debería impedir un aumento ulterior de la condena, salvo que los hechos que motivan el incremento se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia, en cuyo caso se estará fuera de los límites temporales de aquella (art. 222.2 II LEC). De esta suerte, si antes o durante el proceso existió una probabilidad razonable de haber podido conocer las circunstancias que se aducen para justificar la ampliación de la condena, la responsable de abonar los montos restantes debería ser la propia asociación y, en su caso, su aseguradora. En este sentido, no debe olvidarse que en el proceso colectivo diseñado por el PLAC las entidades disponen de herramientas como las medidas de acceso a las fuentes de prueba para levantar la carga de identificación de los consumidores y concretar el tanto alzado al que ascienden los daños.

Somos conscientes de que puede atacarse el razonamiento anterior señalando que la cosa juzgada no puede erigirse en obstáculo para la plena efectividad de las normas europeas de consumo. Ahora bien, si las circunstancias relativas a la identificación y cuantificación eran razonablemente cognoscibles cuando la entidad interpuso la demanda, la mención a las tensiones entre el principio de efectividad y la cosa juzgada se estará usando para opacar el problema de la responsabilidad de la entidad habilitada por las eventuales faltas de diligencia que haya podido cometer en la conducción del pleito[35]. Y lo cierto es que un

35. El problema que estamos tratando aquí puede reconducirse al del ejercicio tardío o extemporáneo de los derechos por parte de los consumidores. Los supuestos son conocidos y abundan en la jurisprudencia del TJUE con ocasión del ejercicio de acciones individuales —baste recordar, a modo de botón de muestra las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo de 2022, Ibercaja, asunto C-600/19 y SPV, asuntos acumulados C693/19

precepto de la naturaleza del art. 860.5 LEC fomenta tanto la falta de cuidado en las fases iniciales del proceso como la picaresca, ya que las entidades habilitadas podrán cuantificar a la baja las peticiones de condena para amortiguar los riesgos en materia de costas, a sabiendas de que más tarde podrán elevar las cuantías en la fase distributiva.

Finalmente, adviértase que no se concreta cuántas veces podrá modificarse la cantidad al alza haciendo uso del incidente expuesto. Pensamos que si se mantiene el esquema descrito, debería disponerse que únicamente podrá hacerse uso de este incidente una sola vez.

C) Rendición de cuentas, destino del sobrante y aparición de nuevos consumidores

Expirado el plazo para llevar a cabo los pagos, el liquidador debe rendir cuentas (art. 880 LEC). Habrá de expresar los beneficiarios y las entregas realizadas a cada uno de ellos, facilitando los documentos y principios de prueba que hayan acreditado la legitimación de aquellos. Se dará traslado al condenado de esta documentación por dos meses para que, en su caso, impugne las partidas que repute indebidas. Si no se formula oposición, el LAJ aprobará la cuenta por decreto. En caso contrario, se convocará al liquidador, a la entidad habilitada y a quienes hubieren recibido los abonos cuestionados a una vista que seguirá los cauces del juicio verbal.

En relación con esta vista, no se concreta si la postulación es o no preceptiva. Dado que se trata de un incidente declarativo, entiendo que deberían aplicarse las reglas generales en atención la cuantía y no la regla especial establecida para el despacho de la ejecución que excepciona el presupuesto aludido, pero para evitar equívocos sería bueno aclarar este extremo. Celebrada la vista, el juez decide mediante sentencia susceptible de recurso de apelación. Si el beneficiario cobró indebidamente se le condenará a reembolsar la cantidad en un plazo no inferior a veinte días ni superior a dos meses. Junto a este puede condenarse al liquidador cuando se aprecie dolo o culpa grave en el mismo. No existe previsión que concrete quién habrá de pechar con las costas del incidente, pero consideramos que deberían imponerse a quienes resulten condenados en la liquidación, eso sí, de manera proporcional a la cuantía a restituir.

---

y C831/19—. Pues bien, nos parece que el tratamiento de ciertas categorías procesales a la luz del principio de efectividad no puede ser el mismo cuando se trata de consumidores individuales que cuando intervienen en el proceso entidades habilitadas cuya misión es reequilibrar la desigualdad inicial existente entre empresario y consumidores, pues a dichas entidades se les debe presumir unos niveles de diligencia y conocimiento muy superiores a los de sus representados.

El eventual sobrante que exista una vez satisfechos los consumidores se devolverá al condenado (art. 881 LEC). Se ha descartado con ello la opción de que el tribunal pueda decidir otro destino para el remanente, como sucede en otras latitudes[36].

Si más tarde aparecen consumidores pretendiendo el cobro, deberán dirigirse directamente al condenado. La eventual negativa de este a indemnizar a estos acreedores tardíos se resolverá en el incidente del art. 879 LEC, salvo que hubiere transcurrido ya el plazo de caducidad de la acción ejecutiva. Debería concretarse cuál es el *dies a quo* de dicho plazo, viejo problema sobre el que se ha discutido bastante a la vista del art. 519 LEC[37]. Contarlo desde la firmeza puede resultar inadecuado, ya que, en el régimen del PLAC, el consumidor no identificado en la sentencia no puede pretender que se le pague hasta que se disponga del monto total de la condena y, en función del patrimonio del demando y su disposición a cumplir, esta tarea podría requerir tiempo. De ahí que, si se mantiene este esquema, el plazo debiera comenzar a correr desde que el consumidor pudo solicitar el cobro al liquidador en la plataforma electrónica virtual o por medio de la vía alternativa que haya dispuesto el liquidador (art. 878.2 LEC).

4. Propuesta de mejora del procedimiento de ejecución de condenas sin individualización de beneficiarios diseñado por el PLAC

De lo expuesto anteriormente se extrae que el PLAC ha buscado limitar al máximo la intervención jurisdiccional en el desarrollo normal del cumplimiento y ejecución de la sentencia colectiva; en el mejor de los escenarios, dicha intervención tendrá lugar al principio, con el dictado del auto de nombramiento de liquidador, y al final, para la aprobación de la cuenta presentada por este. Bien mirado, este esquema puede resultar contraproducente, ya que es susceptible de generar pagos erróneos que se acaben resolviendo en contraejecuciones instadas por el empresario frente a los consumidores, que, entonces, tendrán que restituir lo indebidamente cobrado más los intereses y pechar con las costas de ese nuevo proceso.

---

36. Vid., a modo de botón de muestra, el caso de Canadá, del que da cuenta Montesinos García, A., «Las acciones colectivas en Canadá», en AA.VV., *La tutela de los derechos e interés colectivos en la justicia del Siglo XXI,* Montesinos García, A. (dir.); Catalán Chamorro, M. J. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 415-435.

37. Vid. Lacueva Bertolacci, R., *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios…,* cit., pp. 144-145; Armenta Deu, T., *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución,* cit., pp. 106-107; Planchadell Gargallo, A., *Las «acciones colectivas» en el ordenamiento jurídico español,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 235 a 239; Martí Payá, V., *Las partes en el proceso civil de ejecución,* cit., pp. 341-344; Ariza Colmenarejo, M. J., «Ejecución de acciones colectivas en España y en la Unión Europea», cit., pp. 259-260; Senés Motilla, C., *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa…,* cit., p. 36.

Quizás sería más razonable invertir el orden de las fases que propone el PLAC, aun cuando sea parcialmente, siguiendo un esquema análogo al del proceso concursal[38]; esto es, consideramos que primero deberían agregarse todos los beneficiarios a través de la plataforma electrónica o mediante la fórmula que haya dispuesto el liquidador. A la vista de las solicitudes, el liquidador debería elaborar una lista provisional, de la que se daría traslado al acreedor, en su caso, para que la impugnase. La lista definitiva se aprobaría por auto —susceptible de apelación— tras resolver las eventuales impugnaciones. Hecho esto, el liquidador podría abonar las cantidades con total seguridad de que no habrá que revertir después los pagos. Nótese que este diseño procedimiental permitiría, además, hacerse una idea cabal de los potenciales afectados, dato fundamental para calcular si la cantidad a repartir entre ellos será o no suficiente. Los consumidores que no hubieren pretendido el cobro tempestivamente, podrían más tarde reclamarlo al condenado y, en su caso, ejercitar la acción ejecutiva individual.

Para concluir, en el PLAC, la fase de individualización de los beneficiarios sólo tiene lugar cuando se ha obtenido la suma total objeto de la condena. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en esta regulación, pensamos que la elaboración de «la lista de consumidores» debería sustanciarse durante el plazo que se ha dado al condenado para pagar o, en su caso, incumplido este, mientras se obtiene en el proceso de ejecución el montante a repartir. Formulamos esta propuesta aun cuando somos conscientes del problema que supondrá la ausencia de fondos para pagar al liquidador, pues la partida de honorarios de este se incluye dentro del importe a satisfacer por el condenado.

V. Otras cuestiones de interés en la ejecución colectiva dineraria

1. La posición del tercer financiador en la ejecución de la sentencia colectiva a favor de consumidores indeterminados

El PLAC no concreta cuál debe ser la posición del tercer financiador en la ejecución colectiva[39]. El art. 878.1 LEC dispone únicamente que «al proceder a la

---

38. En la doctrina italiana, ZUFFI, B., «L´esecuzione «colletiva» nella nuova disciplina della class action», *Recenti prospettive in tema di processo esecutivo*, DE CRISTOFARO, M.; PILLONI, M. (dirs.), Giappichelli, Turín, 2020, pp. 47-66, ha puesto de relieve los paralelismos existentes entre el concurso y la ejecución de títulos ejecutivos creados con ocasión del ejercicio de acciones colectivas.

39. Curiosamente, algunas asociaciones de consumidores españolas sostienen en su discurso público la innecesariedad de recurrir a financiadores externos que sufraguen los costes de las acciones colectivas, tal y como refleja SANDE MAYO, M. J., «Hacia un nuevo modelo de acciones colectivas: análisis de las propuestas incorporadas en el Proyecto de Ley Orgánica 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», *Anuario de Derecho civil,* Vol. 77, núm. 4, 2024, pp. 1757-1783, especialmente p. 1773, al recoger los debates celebrados en el marco del congreso internacional *Las acciones colecti-*

distribución de la cantidad» el liquidador «reservará la parte que, en su caso, corresponda al tercer financiador». Por tanto, parece que el financiador no se verá afectado por la eventual insuficiencia del monto abonado por el condenado. Consideramos que esta previsión puede contribuir a que los financiadores se animen a patrocinar litigios colectivos, especialmente cuando la gran cantidad de tiempo que necesitarán estos procesos para sustanciarse podría actuar como factor de disuasión. Si bien, quizás no sea razonable que el financiador cobre en primer lugar y en todo caso sin verse afectado por la escasez del importe de la condena que sí podrían acabar padeciendo los consumidores. En nuestra opinión, la financiación de litigios tiene sentido mientras sirva para potenciar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, el financiador no debería convertirse en un obstáculo para la satisfacción de los consumidores, pues una cosa es hacer negocio con ocasión del ejercicio de los derechos de los consumidores y otra distinta hacerlo a costa de dichos derechos[40].

Por otra parte, podría ocurrir que el financiador entre directamente para costear un eventual proceso de ejecución —v. gr., de una sentencia colectiva obtenida en el extranjero—[41]. El proyecto contempla únicamente que el financiador esté presente desde el principio del pleito, pero la práctica evidencia que este negocio se caracteriza por entradas rápidas en los procesos y salidas igualmente raudas. Por consiguiente, quizás habría que considerar el escenario descrito y regular el control del acuerdo de financiación con carácter previo a la ejecución. Obsérvese, además, que en este escenario la ponderación de los factores para decidir sobre un eventual conflicto de intereses del financiador podría ser diversa a la que opera antes de que exista el título ejecutivo. Así, y tratándose de lograr el resarcimiento de los consumidores, podría no existir obstáculo para que un financiador sufrague el ejercicio de acciones contra un competidor, pues el riesgo reputacional que deriva de una acción declarativa infundada no existe cuando se trata de ejecutar una condena firme y ello sin perjuicio de que para admitir esta opción habría que superar el tenor literal del art. 10.2 b) DAR.

---

vas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, celebrado en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia en octubre de 2024.

40. La apuesta del PLAC se ha tildado de excesivamente liberal y no han faltado quienes defienden la necesidad de configurar un múltiplo máximo a detraer sobre el importe de la condena con la finalidad de evitar abusos. Vid. Ferres, A., «La financiación de las acciones colectivas resarcitorias en el Proyecto de Ley de Acciones de Representación», en AA.VV., *La financiación de litigios en derecho español y comparado. Estado del mercado y su regulación. Datos y Reflexiones,* Soler, C. (dir.), Agulló D.; Llorente, C. (coords.), La Ley, Madrid, 2024, pp. 256-284.

41. Este es uno de los supuestos en los que los estudios empíricos sobre financiación de litigios han localizado la presencia de financiadores en la ejecución. Al respecto, cfr. Comisión Europea, *Mapping Third Litigation Funding in the European Unión*, 2025, DOI: 10.2838/3795189, consultado por última vez el 30 de julio de 2025, donde se da cuenta del fenómeno en países como Luxemburgo, Portugal, Países Bajos o Chipre.

2. La concurrencia de acciones ejecutivas derivadas de condenas obtenidas a título individual con la ejecución colectiva

A diferencia de lo que sucede en el proceso declarativo, no se ha regulado la convivencia entre las acciones ejecutivas individuales y la ejecución colectiva. Ciertamente, el PLAC parte del principio de normalidad, *supra* enunciado, que lleva a pensar que los condenados en las acciones colectivas serán siempre empresas de indiscutible solvencia que cumplirán voluntariamente tanto las condenas impuestas en sentencias estimatorias de acciones individuales como colectivas. Sin embargo, si no se da esta situación de normalidad —demandado solvente dispuesto a cumplir—, podría suceder que intente trabarse la cantidad consignada u obtenida para el pago de la sentencia colectiva por los consumidores que hayan ejercitado acciones a título individual. Esto será posible cuando el consumidor individual haya obtenido su sentencia antes que la entidad habilitada, de forma que mediante la tercería de mejor derecho (arts. 614 y ss. LEC) podrá hacer valer su preferencia crediticia (art. 1924.3º B] CC). Quizás sería bueno regular este escenario en el que los consumidores individuales tratan de agredir el monto total destinado a satisfacer a quienes reclamaron a través de la acción colectiva. Por ejemplo, disponiendo que no podrán ejercitarse tercerías de mejor derecho al amparo del art. 1924.3º B CC. Y es que nótese que la acción colectiva siempre se ventilará más despacio que la acción individual, por lo que, en principio, el título colectivo será de peor condición a efectos de prelación crediticia que los individuales[42]. En nuestra opinión, la apuesta por la tutela colectiva impone realizar todos los ajustes necesarios para configurar un mecanismo que resulte más atractivo que la acción individual y, en cierta medida, prioritario.

VI. Un breve apunte acerca de la ejecución de condenas no dinerarias y la oposición a la ejecución

Para finalizar esta contribución, nos referiremos brevemente a una cuestión relativa a la ejecución no dineraria. En el PLAC este tipo de ejecución sigue un esquema similar al que hemos expuesto hasta ahora. Si los beneficiarios están individualizados en la sentencia, el condenado debe dirigirse a ellos para cumplir. En cambio, si no están individualizados, el propio consumidor tendrá que acreditar voluntariamente su legitimación ante el empresario y solicitar el resarcimiento. En caso de que el condenado no reconozca la legitimación al

42. También el título ejecutivo colectivo es de peor condición que el individual en lo que se refiere a la posibilidad de ejecución provisional, pues el PLAC añade un nuevo apartado al art. 525 LEC que cercena la eficacia ejecutiva de la sentencia colectiva no firme.

consumidor, esté podrá acudir a un incidente para que se decida sobre la cuestión (art. 884 LEC).

Pues bien, al igual que sucede en las condenas dinerarias, el título ejecutivo puede imponer al consumidor la realización de un comportamiento que funciona como presupuesto de la realización de la conducta debida por el deudor (por ejemplo, llevar o enviar el producto a un determinado lugar para su sustitución o para que pueda ser reparado). En este sentido, sería bueno que se modificase el régimen de oposición a la ejecución para el caso de que el consumidor inste el despacho de la ejecución sin haber realizado la actividad a partir de la cual el deudor podrá cumplir —téngase en cuenta que si se trata de una obligación de hacer no podrá el empresario liberarse consignando—. Se trataría de introducir una nueva causa de oposición que permita poner de relieve al condenado que el acreedor, tras habérsele requerido para ello, no ha observado el comportamiento previo que le impuso la sentencia. La estimación de esta oposición debería determinar que la ejecución quede en suspenso por un plazo razonable y que, realizada la actividad debida por el consumidor y acreditado el inmediato cumplimiento ulterior del condenado, se sobresea el proceso sin imposición de costas.

VII. Bibliografía

Ariza Colmenarejo, M., «Ejecución de sentencias colectivas en España y la Unión Europea», en AA.VV., *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro),* Armenta Deu, T.; Pereira Puigvert, S. (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 253-271.

Armenta Deu, T., *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución,* Marcial Pons, Madrid, 2013.

Bonachera Villegas, R., *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

Castillo Felipe, R., *La oposición a la ejecución por defectos procesales: estudio del art. 559 LEC,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

Castillo Felipe, R., «Competencia y especialización para el enjuiciamiento de las acciones colectivas», en AA.VV., *El poder transformador del Derecho de la Unión Europea,* Piernas López, J. (dir.), Tomás Tomás, S.; Castillo Felipe, R. (coords.), Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, pp. 305-330.

Comisión Europea, *Mapping Third Litigation Funding in the European Unión,* 2025*,* DOI: 10.2838/3795189, consultado por última vez el 30 de julio de 2025.

Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias,* 6ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

De Lucchi López-Tapia, Y., «Armonización Europea de la tutela colectiva de personas consumidoras y usuarias: la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2020/1828 sobre acciones de representación», en AA.VV., *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 145-188.

FACHAL NOGUER, N., «Límites a la retribución de la administración concursal: su aplicación tras la entrada en vigor del Texto Refundido», *La Ley Insolvencia* [en línea], núm. 1, 2021, disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/content/Inicio.aspx, consultado por última vez el 29 de junio de 2025 [ref. base de datos La Ley: 1628/2021].

FERRERES, A., «La financiación de las acciones colectivas resarcitorias en el Proyecto de Ley de Acciones de Representación», en AA.VV., *La financiación de litigios en derecho español y comparado. Estado del mercado y su regulación. Datos y Reflexiones,* SOLER, C. (dir.), AGULLÓ D.; LLORENTE, C. (coords.), La Ley, Madrid, 2024, pp. 256-284.

GARNICA MARTÍN, F.; FERRERES COMELLA, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; AGUILERA MORALES, M., «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», *Diario La Ley* [en línea], núm. 9938, 22 de octubre de 2021, disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/content/Inicio.aspx, consultado por última vez el 26 de julio de 2025 [ref. base de datos la La Ley: 10137/2021].

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas,* Civitas, Madrid, 2010.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* Vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 1290-1323, DOI: https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5672, consultado por última vez el 30 de julio de 2025.

HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Legalidad, jurisdiccionalidad y funcionalidad de las formas» en AA.VV., *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso,* HERRERO PEREZAGUA, J. F.; LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (dirs.), Atelier, Barcelona, 2020, pp. 17-47.

LACUEVA BERTOLACCI, R., *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios: el art. 519 LECiv,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La vinculación de los consumidores a la acción de representación,* Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2023.

MARTÍ PAYÁ, V., *Las partes en el proceso civil de ejecución,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

MONTESINOS GARCÍA, A., «Las acciones colectivas en Canadá», en AA.VV., *La tutela de los derechos e interés colectivos en la justicia del Siglo XXI.* MONTESINOS GARCÍA, A. (dir.); CATALÁN CHAMORRO, M. J. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 415-435.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «El cumplimiento de las obligaciones», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *et. al., Curso de Derecho Civil (II). Teoría General de la obligación y el contrato,* 4ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 133-163.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las «acciones colectivas» en el ordenamiento jurídico español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

SANDE MAYO, M. J., «Hacia un nuevo modelo de acciones colectivas: análisis de las propuestas incorporadas en el Proyecto de Ley Orgánica 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», *Anuario de Derecho civil,* Vol. 77, núm. 4, 2024, pp. 1757-1783.

SENÉS MOTILLA, C., *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

TOMÁS TOMÁS, S., *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico,* Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014.

ZUFFI, B., «L´esecuzione «colletiva» nella nuova disciplina della class action», *Recenti prospettive in tema di processo esecutivo*, DE CRISTOFARO, M.; PILLONI, M. (dirs.), Giappichelli, Turín, 2020, pp. 47-66.

PROCESSUS IUDICII

En los últimos años, se han producido en la Ley de Enjuiciamiento Civil importantes reformas en relación con la actuación procesal de la persona física, especialmente en calidad de parte. Con ellas se pretende ofrecer respuestas jurídicas más apropiadas y actuales ante realidades -la infancia y adolescencia, la senectud, la discapacidad- que han evolucionado sustancialmente en las dos últimas décadas.

Adicionalmente, se halla en proceso de tramitación parlamentaria una nueva reforma para dispensar adecuada tutela a través de acciones colectivas en materia de derecho de consumo. A la vista de los proyectos de ley presentados, las modificaciones legales afectarán, entre otras, a las nociones de representación y legitimación de las partes en el proceso civil.

El mero hecho de que el legislador preste atención a la persona física debe ser valorado. Pero cualquier reforma jurídica suscita dudas hermenéuticas y genera problemas en su aplicación. A veces, además, provoca contradicciones en el ordenamiento jurídico y se inserta sin respetar el sistema normativo preestablecido. En ocasiones, incluso, los resultados que se alcanzan tras su entrada en vigor distan de ser los esperados. Como se podrá comprobar, las normas de las que se ocupa esta obra adolecen de todos esos inconvenientes. Los autores que intervienen en ella, con ánimo científico constructivo, y sin dejar de tener presentes las bondades de la nueva regulación, profundizan en algunos de tales inconvenientes y ofrecen fundadas respuestas.

ISBN 979-13-87867-74-4