

cejfe

La protecció del consumidor i l'adaptació del procés judicial a les noves tecnologies

Ajut a la investigació 2020

Autor

Vicente Pérez Daudí

Catedràtic de Dret Processal - Universitat de Barcelona

Any 2021



Generalitat de Catalunya
**Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada**

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Avís legal



Els continguts d'aquesta obra estan subjectes a una llicència de Reconeixement_no Comercial_Sense Obra derivada 4.0. Internacional (CC BY-NC-ND 4.0) de Creative Commons. Se'n permet la reproducció, la distribució i la comunicació pública sempre que se'n citi el titular dels drets (Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i formació Especialitzada) i no se'n faci un ús comercial. Aquesta obra no es pot transformar per generar obres derivades. La llicència completa es pot consultar a: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

© **Generalitat de Catalunya**
Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada

RESUM.....	8
DESCRIPTORS.....	10
1. LA CIBERJUSTICIA I LA PROTECCIÓ DEL CONSUMIDOR. L'APLICACIÓ DE LES NOVES TECNOLOGIES A LA RESOLUCIÓ DE CONFLICTES.	11
1.1 LA UNIÓ EUROPEA I LES NOVES TECNOLOGIES APLICADES A EL PROCÉS JUDICIAL.....	14
1.1.1. EL PLA E-JUSTÍCIA.....	15
1.1.2. SISTEMES JUDICIALS EUROPEUS, EDICIÓ 2010 (DADES 2008): EFICÀCIA I QUALITAT DE LA JUSTÍCIA, APROVADA PEL CEPEJ A L'OCTUBRE DE 2010.	15
1.1.3. LA JUSTÍCIA I TECNOLOGIES DE LA INFORMACIÓ, DEL CONSELL CONSULTIU DE JUTGES EUROPEUS, OPINIÓ NOMBRE 14 (2011).	16
1.1.4. LES LÍNIES DIRECTRIUS SOBRE LA CONDUCTA DE CANVI CAP A LA CIBERJUSTÍCIA APROVADES PEL CEPEJ EL 7 DE DESEMBRE DE 2016.....	17
1.1.5. ELS ESTUDIS SOBRE ELS SISTEMES JUDICIALS EUROPEUS. EFICÀCIA I QUALITAT DE LA JUSTÍCIA, EDICIÓ 2018....	19
1.1.6. LA CARTA ÈTICA EUROPEA D'UTILITZACIÓ DE LA INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL EN ELS SISTEMES JUDICIALS I EL SEU ENTORN.	20
1.1.7. INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL PER A EUROPA. COMUNICACIÓ DE LA COMISSIÓ AL PARLAMENT EUROPEU, AL CONSELL EUROPEU, AL CONSELL, AL COMITÈ ECONÒMIC I SOCIAL EUROPEU I AL COMITÈ DE LES REGIONS.....	24

1.1.8. ESTUDI TÈCNIC SOBRE LA REGULACIÓ EN LÍNIA DELS LITIGIS.	25
1.1.9. DESCODIFICAR LA INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL: 10 MESURES PER PROTEGIR ELS DRETS HUMANS.....	28
1.1.10. EINES PER IMPLEMENTAR LES DIRECTRIUS SOBRE CIBERJUSTÍCIA.	30
1.1.11. LA CONFERÈNCIA DEL COMITÈ DE MINISTRES DEL CONSELL D'EUROPA, DE 15 D'OCTUBRE DE 2019, SOBRE LA JUSTÍCIA A EUROPA DAVANT ELS DESAFIAMENTS INFORMÀTICS.....	31
1.1.12. LA REGULACIÓ EUROPEA.	32
1.2. LA CIBERJUSTÍCIA A LA LEGISLACIÓ ESPANYOLA.....	33
1.3. CONCLUSIÓ: LA PREOCUPACIÓ DE LA UNIÓ EUROPEA I DEL CONSELL D'EUROPA SOBRE LA CIBERJUSTÍCIA.	34
2. L'ACCÉS A LA JUSTÍCIA.	37
2.1. L'ACCÉS A LA JUSTÍCIA DE LES PERSONES AFECTADES PER UN PROCÉS QUE TÉ PER OBJECTE LA SEVA VIVENDA HABITUAL.....	37
2.2. L'ACCÉS A LA JUSTÍCIA DEL CONSUMIDOR.	40
2.2.1. L'ADVERTÈNCIA DE LA UNIÓ EUROPEA SOBRE L'ACCÉS A LA JUSTÍCIA DELS CONSUMIDORS.....	41
2.2.2. LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE L'ACCÉS A LA JUSTÍCIA DELS CONSUMIDORS.....	42
2.3. L'ACCÉS A LA JUSTÍCIA I LA BRETXA DIGITAL.	46
3. EL PROCÉS JUDICIAL.	48
3.1. LA DISTRIBUCIÓ DE FUNCIONS ENTRE L'ÒRGAN JURISDICCIONAL I LLETRAT DE L'ADMINISTRACIÓ DE JUSTÍCIA.....	48

3.2. LA INCIDÈNCIA DE LES TICS EN LA TRAMITACIÓ DEL PROCÉS JUDICIAL.	52
3.3. L'APLICACIÓ DELS PRINCIPIS DEL PROCÉS A L'CIBERJUSTÍCIA. EL RESPECTE DE LES GARANTIES PROCESSALS.	55
3.3.1. L'INDEPENDÈNCIA I LA IMPARCIALITAT JUDICIAL.	57
3.3.2. EL PRINCIPÍ DE DUALITAT DE POSICIONS.	58
3.3.3. EL PRINCIPÍ D'AUDIÈNCIA.	60
3.3.4. EL PRINCIPÍ D'IGUALTAT.	61
3.4. LA INCIDÈNCIA DE LES TICS EN LA TRAMITACIÓ DEL PROCÉS JUDICIAL. EL PROCÉS DECLARATIU.	62
3.4.1. L'ADOPCIÓ DE DECISIONS NO JURISDICCIONALS AUTOMATITZADES.	63
3.4.2. ELS ACTES PROCESSALS DE PART I LA CIBERJUSTÍCIA.	66
3.5. L'APLICACIÓ DE LES NOVES TECNOLOGIES A EL PROCÉS D'EXECUCIÓ.	74
3.5.1. NATURALESA JURÍDICA DEL PROCÉS D'EXECUCIÓ.	74
3.5.2. EL PROCÉS D'EXECUCIÓ EN EL PROCÉS CIVIL.	77
4. LES NOTIFICACIONS EN ELS PROCESSOS EN QUÈ ESTÀ AFECTADA L'HABITATGE, AMB ESPECIAL REFERÈNCIA A EL CONSUMIDOR.	82
4.1. INTRODUCCIÓ.	82
4.2. REGULACIÓ LEGISLATIVA.	84
4.3. ASPECTES PROBLEMÀTICS.	87
4.3.1. LA CONSTITUCIONALITAT DE LA COMUNICACIÓ ELECTRÒNICA I L'AMBIT D'APLICACIÓ.	87

4.3.2. LA NO INDICACIÓ DEL CORREU ELECTRÒNIC EN L'ESCRIT DE DEMANDA.....	91
4.3.3. LA NEGATIVA A REBRE UNA COMUNICACIÓ ELECTRÒNICA.	94
4.4. LES CONSEQÜÈNCIES PROCESSALS DELS ERRORS EN LES COMUNICACIONS ELECTRÒNIQUES.	96
5. LA PROVA ELECTRÒNICA.	98
5.1. INTRODUCCIÓ.	98
5.2. REGULACIÓ LEGAL.	99
5.3. NATURALESA JURÍDICA. ENTRE LA PROVA DOCUMENTAL I LA PROVA ELECTRÒNICA AUTÒNOMA.	100
5.4. L'APORTACIÓ EN FORMAT DIGITAL DELS DOCUMENTS ADJUNTS ALS ESCRITS D'AL·LEGACIONS.	104
5.4.1. REGULACIÓ.....	104
5.4.2. LA POSSIBILITAT DE PRESENTAR ELS DOCUMENTS DIGITALITZATS JUNTAMENT AMB ELS ESCRITS D'AL·LEGACIONS.	105
5.4.3. LA NO POSSIBILITAT DE ADMETRE ELS DOCUMENTS EN UN MOMENT INICIAL.....	107
5.4.4. MOMENT PROCESSAL PER REQUERIR L'APORTACIÓ DEL DOCUMENT ORIGINAL.....	108
5.5. LA IMPUGNACIÓ DE EL DOCUMENT ELECTRÒNIC I DE LA PROVA PER INSTRUMENTS AUDIOVISUALS O ELECTRÒNICS.....	108
5.5.1. LA IMPUGNACIÓ.....	108
5.5.2. LA IMPUGNACIÓ DEL DOCUMENT ELECTRÒNIC I DE LA PROVA PER INSTRUMENTS AUDIOVISUALS O ELECTRÒNICS.	112

6. LA DECISIÓ AUTOMATITZADA DEL CONFLICTE A TRAVÉS D'UN ADR / ODR.....	118
7. PREMISES PER L'APLICACIÓ DE LA INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL A LA DECISIÓ JUDICIAL: LA VINCULACIÓ A EL PRECEDENT JUDICIAL.	126
7.1. LA JURISPRUDÈNCIA, LA VINCULACIÓ AMB LA DECISIÓ DELS TRIBUNALS SUPERIORS I LA INDEPENDÈNCIA JUDICIAL.....	127
7.2. LA VINCULACIÓ DE L'ÒRGAN JURISDICCIONAL ALS SEUS CRITERIS JURISDICCIONALS PREVIS.....	132
7.3. LA VINCULACIÓ DELS TRIBUNALS A LES SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL I DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA.....	133
7.4. APLICACIONS INFORMÀTIQUES COM ALTERNATIVA A LA JURISDICCIÓ.....	136
8. LA INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL, L'ALGORISME I EL SIL·LOGISME JUDICIAL.....	142
8.1. EL SIL·LOGISME JUDICIAL.....	145
8.2. LA RELACIÓ FET-DRET.	151
8.3. ESPECIAL REFERÈNCIA ALS JUDICIS D'EQUITAT.	161
8.4. LA DISCRECIONALITAT JUDICIAL.	164
10. CONCLUSIONS.....	169
11. PROPOSTES.....	175
BIBLIOGRAFIA CITADA.....	176

RESUM.

En aquesta investigació plantejo com pot afectar la ciberjustícia a la protecció del consumidor en la resolució de conflictes. El concepte que utilitzo és ampli, ja que inclou l'aplicació de les tecnologies de la informació als procediments de resolució de conflictes i a l'assistència a les parts i als òrgans decisors per resoldre-ho.

En un primer lloc analitzo la legislació i les recomanacions que s'han fet des de la Unió Europea i a l'àmbit estatal. D'aquesta manera identifico els principals problemes que es poden presentar en l'aplicació de la ciberjustícia a la resolució de conflictes en l'àmbit del consum que identifico en l'accés del consumidor i com afecta el procés judicial. En aquest context entenc que la implantació de les tecnologies de la informació deu efectuar-se en l'àmbit de les notificacions processals i de la prova.

També faig una auditoria del procés civil, tan declaratiu com d'execució, des de la perspectiva de la ciberjustícia, en la qual deu respectar-se els drets fonamentals en general, i en concret el dret a la tutela judicial efectiva.

Per finalitzar la investigació estudio la possibilitat d'aplicar la ciberjustícia a la predictibilitat de la resolució del conflicte i si es pot automatitzar.

RESUMEN.

En esta investigación planteo como puede afectar la *ciberjusticia a la protección del consumidor en la resolución de conflictos. El concepto que utilizo es amplio, puesto que incluye la aplicación de *las tecnologías de la información a los procedimientos de resolución de conflictos y a la asistencia a las partes y a los órganos *decisores para resolverlo.

En un primer lugar analizo la legislación y las recomendaciones que se han hecho desde la Unión Europea y al ámbito estatal. De este modo identifico los principales problemas que es podemos presentar en la aplicación de la *ciberjusticia a la resolución de conflictos en el ámbito del consumo que identifico en el acceso del consumidor y como afecta el proceso judicial. En este contexto

entiendo que a la implantación de las tecnologías de la información debe efectuarse en el ámbito de las notificaciones procesales y de la prueba.

También hago una auditoría del proceso civil, tan declarativo como de ejecución, desde la perspectiva de la *ciberjusticia, en la cual debe de respetarse los derechos fundamentales en general, y en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva.

Para finalizar la investigación estudio la posibilidad de aplicar la *ciberjusticia en la predictibilidad de la resolución del conflicto y si se puede automatizar.

ABSTRACT

In this investigation, I raise how cyberjustice can be affected by conflict resolution. The concept I use is broad, as it includes the application of information technologies to conflict resolution procedures and assistance to parties and decision-making bodies to resolve this.

First of all, I look at the legislation and recommendations that have been made by the European Union and at the state level. In this way, I identify the main problems that we can present in the application of cyberjustice to conflict resolution in the area of consumption that I identify in consumer access and how the judicial process affects. In this context, I understand that the implementation of information technologies must take place in the field of procedural and trial notifications.

I also audit the civil process, both declarative and executive, from the perspective of cyberjustice, where fundamental rights in general, and in particular the right to effective judicial protection, must be respected.

To conclude the investigation, I study the possibility of applying cyberjustice to the predictability of conflict resolution and whether it can be automated.

DESCRIPTORS.

Consumidor, procés judicial, tecnologies de l'informació, intel·ligència artificial, conflicte.

PALABRAS CLAVE.

Consumidor, proceso judicial, nuevas tecnologías, tecnología de la información inteligencia artificial, conflicto.

KEYWORDS.

Consumer, judicial process, information technologies, artificial intelligence, conflict.

1. LA CIBERJUSTICIA I LA PROTECCIÓ DEL CONSUMIDOR. L'APLICACIÓ DE LES NOVES TECNOLOGIES A LA RESOLUCIÓ DE CONFLICTES.

Una de les revolucions que ha patit la humanitat al llarg de la seva història és l'aparició de la informàtica i la seva influència en la vida diària. És sorprenent com en tot just trenta anys hem passat d'utilitzar els ordinadors per realitzar simples tasques d'ofimàtica a ser imprescindibles en moltes facetes de la vida, tant a nivell personal com professional. A més, la tecnologia ens sorprèn amb la capacitat de processar dades en un escàs lapse temporal i identificar pautes en els mateixos.

Tot això ha provocat que aquells ordinadors personals d'ús limitat a la informàtica i que tan sols podien emmagatzemar uns megues s'hagin convertit en màquines amb una capacitat il·limitada a causa de l'emmagatzematge en el núvol i amb unes possibilitats de processar les dades inabastables per a les persones. Tot això ha provocat que s'hagin creat programes i algorismes que permeten predir el comportament humà, que és el que s'anomena Intel·ligència Artificial.

El que semblava una quimera o alguna cosa que succeiria, però en un temps futur, ja el tenim entre nosaltres. Actualment en la nostra vida quotidiana ens relacionem amb altres persones a través de dispositius electrònics d'una forma pràcticament immediata i sense importar la distància. Aquests són capaços de predir els nostres hàbits de consum o la destinació a què anem quan ens desplaçem, suggerint aquells productes que ens pot satisfer o la ruta més apropiada en funció de les nostres costums i la situació del trànsit. Fins i tot hi ha aplicacions informàtiques d'empreses de comerç electrònic que permet oferir una solució davant els conflictes generats per una transacció.

Tot això era inimaginable a inicis d'aquest segle on la preocupació era el col·lapse dels ordinadors per l'efecte 2000, però actualment és una realitat. A la pràctica judicial ja s'està utilitzant el que s'anomena intel·ligència artificial per facilitar als Tribunals és l'adopció de decisions judicials.

El que descrit té una incidència directa en la nostra vida quotidiana, però també en l'àmbit concret del procés. Concretament identifico sis institucions als quals ha afectat o afectarà directament l'ús massiu de les noves tecnologies:

- L'accés a la Justícia.
- Les notificacions.
- La tramitació de procediment.
- La prova.
- La decisió judicial.
- El procés d'execució.

En l'àmbit del procés i l'adopció de decisions judicials ja s'estan utilitzant programes basats en la "intel·ligència artificial" per facilitar la tasca dels jutges al dictar les seves resolucions o fins i tot per substituir-les. Així als Estats Units s'està utilitzant el programa COMPASS en el procés penal per calcular el risc de reincidència delictiva d'una persona¹. D'altra banda, en països com la Xina o Estònia ja s'està aplicant la Intel·ligència Artificial per a l'adopció de decisions judicials. Finalment, en la 31 reunió plenària de la Comissió Europea per a l'eficàcia de la Justícia, celebrada a Estrasburg el 3 i 4 de desembre de 2018, es va adoptar la Carta ètica europea d'utilització de la Intel·ligència Artificial en els sistemes judicials. Des de la perspectiva de l'advocacia ja hi ha programes informàtics que informen de l'estadística de resolució d'un jutge o magistrat concret i determinat, els arguments utilitzats i aconsella l'estratègia processal que s'ha de seguir en el cas concret².

El tema que s'analitza en aquest apartat té caràcter transversal i afectarà tots els mecanismes de resolució de conflictes. No obstant això, crec oportú desenvolupar-lo en l'àmbit d'aquest projecte d'investigació perquè si en alguna especialitat del procés civil ens trobem davant d'una litigiositat individual massiva, aquesta és en matèria de l'adquirent de l'habitatge com a consumidor.

¹ Veure àmpliament l'anàlisi que efectua NIEVA FENOLL, en *Intel·ligència artificial i procés judicial*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 68 i ss.

² Veure l'anàlisi que efectua NIEVA FENOLL, loc. cit.

La forma habitual d'accedir a la propietat a Espanya era a través de la compra de l'habitatge, per la qual cosa habitualment havia de contractar-se un préstec hipotecari per poder pagar el preu d'aquesta. Aquest contracte es caracteritza per ser un contracte d'adhesió ja que el deutor hipotecari no pot negociar de forma individual les clàusules d'aquests i que la garantia real que es constituïa per assegurar la devolució de la quantitat prestada tenia una via executiva privilegiada com era el procés d'execució hipotecària que preveuen els articles 681 i ss. LEC. No obstant això, aquesta situació canvia quan el TJUE dicta la Sentència de 14 de març de 2013, assumpte C-415/11, cas Aziz, i declara que "La Directiva 93/13 / CEE de Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa a una normativa d'un Estat membre, com la controvertida en el litigi principal, que, al mateix temps que no preveu, en el marc del procediment d'execució hipotecària, la possibilitat de formular motius d'oposició basats en el caràcter abusiu d'una clàusula contractual que constitueix el fonament del títol executiu, no permet que el jutge que conegui del procés declaratiu, competent per apreciar el caràcter abusiu d'aquesta clàusula, adopti mesures cautelars, entre elles, en particular, la suspensió de procediment d'execució hipotecària, quan acordar aquestes mesures sigui necessari per garantir la plena eficàcia de la seva decisió final".

Aquest paràgraf de la part dispositiva de la sentència del TJUE, a més del raonament efectuat i altres sentències que es van dictar amb posterioritat i les que estan pendent, ha provocat una litigiositat massiva en els processos relacionats amb els contractes de préstec hipotecari. La solució de el Consell General de Poder Judicial per no congestionar als tribunals civils ha estat crear uns jutjats exclusius i excoents per conèixer d'aquestes matèries³.

Al meu entendre la judicialització d'aquestes matèries mai havia d'haver-se realitzat, i això sense perjudici de reconèixer el dret d'accés als tribunals de les dues parts. El legislador hagués hagut d'adoptar una solució legislativa per posar fi a la mateixa i permetre que els tribunals resolguessin els conflictes reals que es plantegessin. El tema és molt complex, però un dels temes que es plantegen

³ L'acord de la Comissió Permanent de Consell General de Poder Judicial de 18 de desembre de 2019 va acordar prorrogar per un termini d'entre sis mesos i un any el pla d'especialització de jutjats de primera instància en clàusules abusives, que es va posar en marxa l'1 de juny de 2017 amb la finalitat de fer front a la gran quantitat de demandes presentades en relació, entre altres assumptes, amb clàusules sòl, venciment anticipat, interessos moratoris, despeses de formalització d'hipoteca i hipoteques multi divises.

en aquest àmbit per resoldre el nombre de processos iniciats és aplicar les noves tecnologies a aquest procés declaratiu.

Com he indicat aquesta qüestió és comú a tot tipus de processos, però en aquest moment té una especial incidència en els processos que tenen per objecte la declaració de abusivitat de determinades clàusules incorporades en els contractes de préstec hipotecari. De la mateixa manera que des de determinats àmbits s'analitza la mediació preceptiva com la solució al col·lapse de l'administració de justícia, també pot existir la temptació de veure l'aplicació de les noves tecnologies a el procés judicial, i especialment en l'adopció de decisions automatitzades, com la solució per a la resolució de determinats assumptes.

El que pretenc en aquesta part de el projecte investigador és analitzar la seva viabilitat i advertir dels riscos d'aquesta. Ja hi ha Estats que l'han efectuat (Xina, Argentina, Estònia, Regne Unit ...) ⁴ i altres que estan analitzant la seva implantació, entre els quals es troba Espanya. Abans de fer-ho és desitjable i convenient reflexionar sobre la seva implantació, analitzant els pros i els contres.

Al marge d'això considero que hi ha tres nivells diferents d'aplicació de les noves tecnologies a la resolució de conflictes, que són: la realització de notificacions electròniques, l'adaptació dels procediments judicials i la seva integració en l'adopció de les decisions judicials. Ja avanço, que mentre els dos primers poden ser una realitat si hi hagués voluntat política i econòmica, el tercer en aquest moment és un plantejament de ciència ficció.

1.1 LA UNIÓ EUROPEA I LES NOVES TECNOLOGIES APLICADES A EL PROCÉS JUDICIAL.

L'aplicació de les noves tecnologies al procés judicial ha estat una de les preocupacions de la Comissió Europea per a l'eficàcia de la justícia. Vull destacar una sèrie de documents elaborats per òrgans vinculats amb la Comissió Europea com la Comissió Europea per a l'eficàcia de la Justícia (CEPEJ) i el Consell Consultiu de Jutges Europeus, advertint que ressenyo els que he

⁴ Veure BARONA VILAR, Silvia, *Algoritmización del derecho y de la justicia, de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 344 i ss.

considerat més significatiu per conèixer la postura adoptada per el Consell d'Europa.

1.1.1. EL PLA E-JUSTÍCIA.

El Pla E-Justícia té el seu antecedent en la Comunicació de la Comissió a el Consell, a el Parlament Europeu i al Comitè Econòmic i Social Europeu de 30 de maig de 2008, amb el títol de “cap a una estratègia europea en matèria d'E-Justícia (justícia en línia)”, Com (2008) 329.

L'apartat 2 d'aquest document defineix l'e.-Justícia com “el recurs a les tecnologies de la informació i la comunicació per millorar l'accés dels ciutadans a la justícia i per a l'eficàcia de l'acció judicial entesa com tota activitat consistent en resoldre un litigi o sancionar penalment una conducta”.

Actualment està en vigor el Pla d'Acció 2019-2023 relatiu a la Justícia en la Xarxa Europea, que renova l'Estratègia europea relativa a la Justícia a la xarxa⁵. Entre les accions que persegueix destaco la intel·ligència artificial. Al paràgraf 15 afirma que “s'ha considerat un dels principals fites aconseguits en so últims anys en les tecnologies de la informació i la comunicació i ha de seguir desenvolupant-se en els propers anys”. Afegeix que “és necessari definir millor les seves implicacions en l'àmbit de la justícia a la xarxa”.

Els objectius del projecte de la Intel·ligència artificial per a la justícia és “definir el paper que podria exercir la intel·ligència artificial en l'àmbit de la justícia” i “desenvolupar una eina d'IA per a l'anàlisi de resolucions judicials”.

1.1.2. SISTEMES JUDICIALS EUROPEUS, EDICIÓ 2010 (DADES 2008): EFICÀCIA I QUALITAT DE LA JUSTÍCIA, APROVADA PEL CEPEJ A L'OCTUBRE DE 2010.

Una de les primeres vegades que el CEPEJ es va pronunciar sobre les tecnologies de la informació en el procés judicial va ser en l'informe sobre

⁵ Pla d'acció 2019-2023 relatiu a la Justícia en la Xarxa Europea (2019 / C96 / 05), publicat en el Diari Oficial de la Unió Europea de 13 de març de 2019, C96/9.

sistemes judicials europeus, aprovat a l'octubre de 2010 tenint en compte les dades de 2008. En el capítol 5.3 d'aquest document analitza tres aspectes:

- La necessitat que l'equipament informàtic sigui utilitzat per a l'assistència a el jutge o a el personal dels Tribunals.
- El sistema per registrar i gestionar els assumptes i l'ús de bases de dades informatitzades.
- L'ús dels mitjans de comunicació electrònica i els intercanvis d'informació entre els tribunals i el seu entorn.

1.1.3. LA JUSTÍCIA I TECNOLOGIES DE LA INFORMACIÓ, DEL CONSELL CONSULTIU DE JUTGES EUROPEUS, OPINIÓ NOMBRE 14 (2011).

El Consell Consultiu de Jutges Europeus va adoptar en la 12a Reunió plenària, celebrada a Estrasburg de el 7 a el 9 de novembre de 2011, l'opinió nombre (2011), 14, sobre "Justícia i tecnologies de la informació". En el paràgraf 4 indica quin és l'objecte del document, afirmant que "es concentra sobre les oportunitats que ofereixen els TI, així com el seu impacte en el sistema i el procés judicial. Analitza especialment l'accés a la justícia, l'Estat de Dret, la independència del jutge i de el sistema judicial, el funcionament dels tribunals i els drets i deures de les parts".

En el document el Consell Consultiu dels Jutges Europeus mostra una especial preocupació de l'efecte sobre els drets de les parts i la independència judicial.

L'apartat D de el document estudia les tecnologies de la informació en el procediment judicial. Vull destacar la preocupació que manifesta sobre:

- Que la finalitat de la tecnologia de la informació aplicada al procés judicial és ser concebuda i percebuda com una ajuda auxiliar a el procés de decisió del jutge, permetent facilitar el seu treball (paràgraf 27).
- Que la utilització de la tecnologia de la informació no pot disminuir les garanties del procés ni privar al justiciable del seu dret a un debat contradictori davant del jutge, a la producció de proves, a escoltar els

testimonis o experts i presentar qualsevol incident o resposta que consideri útil (paràgraf 28).

- La finalitat és simplificar el procediment, però no substituir la funció del jutge de comprovar i apreciar les proves, determinar la llei aplicable i prendre una decisió, sense altres limitacions que les previstes per la llei (paràgraf 31).

L'apartat E del document analitza l'administració de la tecnologia de la informació i adverteix dels riscos que poden tenir sobre la independència judicial. Així afirma que no es pot dissenyar una excessiva dependència de les tecnologies de la informació (paràgraf 34) i que no pot impedir als jutges aplicar la llei de forma independent i imparcial (paràgraf 8). El Consell consultiu adverteix que "els jutges no poden estar sotmesos, per raons d'eficàcia únicament, els imperatius tecnològics i als que controlin la tecnologia" (paràgraf 34). Per assegurar la independència la gestió informàtica ha de dependre de el Consell de Justícia (paràgraf 36).

1.1.4. LES LÍNIES DIRECTRIUS SOBRE LA CONDUCTA DE CANVI CAP A LA CIBERJUSTÍCIA APROVADES PEL CEPEJ EL 7 DE DESEMBRE DE 2016.

A través de l'aprovació "les línies directrius sobre la conducta de canvi cap a la ciberjustícia"⁶, el CEPEJ ha pretès "aportar una mirada crítica sobre l'evolució de la informàtica aplicada a la justícia en els darrers anys, així com els desafiaments que imposarà, tant als professionals de la justícia com als òrgans decisors". Justifica l'ús de el terme ciberjustícia en què inclou totes les situacions en les quals una aplicació o una tecnologia de la informació i de la comunicació, s'integra en un procés de regulació de litigis, sigui jurisdiccional o extrajurisdiccional⁷.

Aquest document em sembla fonamental per establir una guia sobre l'aplicació de les noves tecnologies al procés judicial i adverteix dels riscos que implica. El CEPEJ analitza el tractament en línia dels processos judicials i la resolució en

⁶ Aquest document va ser aprovat per la CEPEJ, a la 28 reunió plenària, celebrada el 7 de desembre del 2016.

⁷ Línies directives, paràgraf 2.

línia dels litigis. Em sembla essencials els capítols de la feina que incideix en la possible afectació als drets fonamentals i als principis de el procés.

A l'exposició començaré pel final de el document. El paràgraf 82 afirma que:

"La implementació d'un sistema d'informació requereix una auditoria dels procediments i processos en el treball. en el sistema judicial. El desenvolupament de la ciberjustícia és una oportunitat per revisar organitzacions i les regles de procediment heretades del passat, respectant els principis fonamentals de dret processal i organització judicial. De fet, els sistemes informàtics de justícia qüestionen l'equilibri entre el procediment en una banda, que és el conjunt de normes legals aplicables a una demanda, les prerrogatives dels diferents actors del procediment d'una manera, i els processos de l'altre, que són les eleccions de disseny pràctic de les regles de procediment a través d'una determinada organització de la feina, mitjançant l'ús d'una sèrie de tasques "

Així posa com a exemple d'actualització el plantejament de l'obligació de conservar còpies en paper dels documents.

A continuació, finalitza afirmant que:

"Aquesta auditoria hauria de permetre una actualització, sinó una simplificació, de les normes que regeixen l'activitat judicial quan sigui possible, mitjançant l'adopció de noves regles de procediment si és el cas. En qualsevol cas, hem d'assegurar que TI, a través del seu procés, no interfereix amb els principis fonamentals del procediment reconegut pel dret nacional i la legislació europea corre el risc de crear inseguretat jurídica. "

Aquest paràgraf em sembla important perquè incideix en:

- La necessitat d'auditar els procediments existents.
- Obligació de respectar els drets fonamentals de el dret processal i de l'organització judicial.
- Analitzar l'equilibri entre el procediment, les prerrogatives dels diferents actors i el procés.

- La finalitat és re actualitzar, i, si escau simplificar les normes que regeixen l'activitat judicial.
- Finalment adverteix de nou la necessitat de respectar els principis essencials del procés i del procediment per no crear inseguretats jurídiques.

En aquestes línies directrius el CEPEJ, abans d'arribar a aquesta conclusió, ha analitzat el tractament en línia dels litigis (paràgraf 24), la implantació de les noves tecnologies en el procediment (paràgraf 25) i les noves tecnologies com a facilitadora de la decisió judicial (paràgraf 48 i 51). També ha advertit de la necessitat de respectar la independència judicial (paràgraf 49)⁸ i garantir el contradictori i la igualtat de les parts (paràgraf 50)⁹.

1.1.5. ELS ESTUDIS SOBRE ELS SISTEMES JUDICIALS EUROPEUS. EFICÀCIA I QUALITAT DE LA JUSTÍCIA, EDICIÓ 2018.

El CEPEJ publica de forma periòdica un estudi en el qual analitza els Sistemes Judicials Europeus per a l'eficàcia i la qualitat de la justícia. L'any 2018 va publicar un amb les dades de 2016¹⁰. Un dels aspectes que va analitzar va ser l'estat de desenvolupament de les tecnologies de la informació en els sistemes judicials europeus.

L'informe distingeix entre els sistemes electrònics de gestió dels assumptes i les aplicacions de predicció de les decisions judicials. En l'informe s'indica que la totalitat dels Estats tenen sistemes electrònics de gestió, llevat Xipre. També

⁸ El paràgraf 49 afirma que "no obstant això, el respecte del principi d'independència ordena que cadascú pugui i degui a al final, prendre una decisió que sigui personal després de realitzar un raonament que ha de poder assumir a títols provisional, sense vinculació amb l'útil informàtic. La utilització de trams i guies de raonament no pot tenir com a efecte privar el jutge de la seva facultat de decisió, imposant una forma de raonament de què no pugui apartar quan ho desitgi, o implicant un volum de treball que no li deixi la possibilitat de replantejar la forma de raonament induïda pel útil informàtic ". A continuació, fa pròpia la conclusió el Comitè Consultiu de Jutges Europeus, opinió nombre 14, 2011, que declara que "la tecnologia ha de ser adaptada a el procés judicial i tots els aspectes de la feina de jutge. Els jutges no han d'estar sotmesos, per raons d'eficàcia, als imperatius tecnològics i als que controlen la tecnologia ".

⁹ El paràgraf 50 es fa ressò de l'opinió número 14 de l'any 2011, de el Comitè Consultiu de Jutges Europeus i es preocupa pel respecte del principi de contradictòria i igualtat afirmant que "han igualment estar garantits de la mateixa manera que en els procediments sense informàtica". Afegeix a la fi del paràgraf que "el jutge ha de durant tot el procés aquesta atent al fet que una part no està desfavorida en relació amb l'altra per la sola raó que no tingués els mitjans per accedir a la tecnologia".

¹⁰ CEPEJ, *Systèmes judiciaires Européens. Efficacité et qualité de la justice, Études de la CEPEJ n° 26, édition 2018 (données 2016)*.

adverteix de l'obsolescència dels sistemes implantats. Finalment fa la recomanació "de concentrar els seus esforços en la millora i eficàcia dels seus sistemes electrònics de gestió d'assumptes, associant-los amb els usuaris finals, fins i tot abans d'iniciar l'oferta de sistemes més sofisticats"¹¹.

El CEPEJ analitza a continuació el "open data, intelligence artificial, blockchains". L'open data consisteix en la publicitat de les resolucions judicials permetent la utilització integral de les resolucions judicials en les bases de dades, el que denomina "carburant gratuït". De facto constitueix el pressupost necessari per a l'aplicació de la Intel·ligència Artificial, que és el motor que alimenta aquest carburant.

En aquest informe no defineix el que és la Intel·ligència Artificial, sinó que es limita a indicar que és l'anunci de "certes legaltech que afirmen poder predir el resultat judicial d'un assumpte". A l'analitzar-conclou que la seva utilització pels jutges dels Estats de el Consell d'Europa és inexistent en l'any 2016. No obstant això, adverteix que els decisors públics comencen a estar seduïts per la potencialitat oferts, "que imaginem fins i tot que pot respondre a les antigues preocupació com la transparència, eficàcia i previsibilitat de la Justícia, així com l'homogeneïtzació de la jurisprudència"¹².

1.1.6. LA CARTA ÈTICA EUROPEA D'UTILITZACIÓ DE LA INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL EN ELS SISTEMES JUDICIALS I EL SEU ENTORN.

Un segon document elaborat pel CEPEJ i que considero essencial és la Carta Ètica europea d'utilització de la intel·ligència artificial en els sistemes judicials i el seu entorn, adoptada en la 31 Reunió plenària del CEPEJ, celebrada a Estrasburg el 3 i 4 de desembre de 2018¹³.

En la introducció ja adverteix que qualsevol que sigui la seva finalitat (aportar un suport a una consulta jurídica o una ajuda a la redacció, a la decisió o a l'orientació a l'Justiciable) és essencial que el tractament s'efectuï "en les

¹¹ CEPEJ, *Systèmes judiciaires ...*, cit., Pàg. 216.

¹² CEPEJ, *Systemes judiciaires ...*, cit., Pàg. 220.

¹³ Des d'ara citaré aquest document com a Carta ètica d'utilització de la Intel·ligència Artificial en els sistemes judicials i el seu entorn.

condicions i transparència, neutralitat i de legalitat certificada per un expert exterior a l'operador i independent"¹⁴.

A continuació, enumera els 5 principis, que són: el principi de respecte dels drets fonamentals, el principi de no discriminació; el principi de qualitat i seguretat; el principi de transparència, neutralitat i integritat intel·lectual; i el principi de control per l'usuari.

Al principi de respecte dels drets fonamentals adverteix que ha de respectar els drets garantits per la Convenció Europea de Drets de l'Home, i que no ha d'atemptar contra les garanties de dret d'accés a jutge i d'un procés just (igualtat d'armes i respecte del contradictori). També ha de respectar els principis de l'Estat de Dret i la independència dels tribunals en els seus processos de decisió.

El segon dels principis tendeix a garantir la no discriminació. Per a això adverteix que "els actors públics i privats han d'assegurar que aquests no reproduïxin o s'agreugin aquestes discriminacions i que no condueixin a anàlisi o usos determinats". Per a això proposa que es realitzin intervencions correctives per neutralitzar aquests riscos.

El tercer incideix en la qualitat i seguretat. En aquest el CEPEJ adverteix de la possible manipulació de les dades per tercers.

En el quart es planteja l'equilibri entre el dret de la propietat intel·lectual de les aplicacions i el principi de transparència, neutralitat i lleialtat i integritat intel·lectual, primant l'interès de la Justícia.

Finalment adverteix de la necessitat que l'usuari final tingui el control de l'aplicació i garanteixi la seva independència. Així afirma que "el Justiciable hauria de ser informat igualment d'una manera clara d'el recurs a un tractament preliminar d'un assumpte per la intel·ligència artificial abans o durant un procés judicial i estar en disposició de posar-se perquè el seu assumpte sigui conegut directament per un tribunal a el sentit de l'article 6 del CEDH ".

¹⁴ *Carta ètica ...*, cit., Pàg. 5.

Els cinc principis són essencials per al desenvolupament de les aplicacions informàtiques que realitzin el tractament de les resolucions judicials per preveure o predir¹⁵ el resultat final del litigi.

A continuació dels principis enumerats s'aprova un annex que és un "Estudi sobre la utilització de la IA en els sistemes judicials, especialment les aplicacions d'IA que assegurin el tractament de decisions i de dades judicials". En la introducció anuncia els riscos que pot tenir aquesta tecnologia sobre la primacia de la llei i la compatibilitat amb els drets individuals consagrats a la CEDH, fonamentalment en el dret a un procés just i de respecte a la vida privada i familiar. A més, informa dels experiments duts a terme i del seu fracàs.

Recomano la seva lectura ja que resumeix la posició del CEPEJ en aquesta matèria. A continuació ressenyaré aquells aspectes que tenen relació amb l'objecte d'aquest estudi.

Després d'analitzar la difusió de les decisions judicials, que és el pressupost previ perquè es puguin utilitzar per preveure o predir el contingut de les que es dictin en un futur, exposa un problema davant del qual ens podem trobar, que és el fòrum shopping. És a dir, que el Justiciable tindran una eina addicional per a decidir, amb els límits legals que s'estableixin, el Tribunal davant el qual va a presentar la demanda. Amb l'open data de les resolucions judicials es permetrà tenir un coneixement previ de la doctrina dels diferents tribunals davant el qual es pot presentar la demanda i interposar-la en el que sigui més beneficiós per als seus interessos¹⁶. Aquesta actuació no és nova i la conseqüència no ha de ser prohibir la difusió de les decisions judicials. La solució és fixar uns furs imperatius per determinar la jurisdicció internacional i la competència objectiva i territorial dels òrgans jurisdiccional, tal com ja s'ha realitzat pels diferents ordenaments jurídics.

El CEPEJ també adverteix el risc de la imparcialitat de el jutge¹⁷. Posteriorment afirma que el risc rau en el · efecte indirecte de pressió sobre els

¹⁵ Tal com desenvolupament posteriorment preveure i predir no són sinònims. La RAE defineix preveure com a segona accepció "conèixer, conjeturar per alguns senyals o indicis del que ha de succeir". Predir el defineix com "anunciar per revelació, coneixement fundat, intuïció o conjetura alguna cosa que ha de succeir" (consultat en www.dle.rae.es). Sobre aquesta distinció el CEPEJ afirma que "la predicció és l'acte d'anunciar anticipant-se a esdeveniments futurs" i que la previsió "resulta de l'observació d'un conjunt de dades amb la finalitat de considerar una situació futura" (*la Carta ètica*, cit. , pàg. 32. Ja bestreta que al meu entendre aquestes aplicacions informàtiques no poden predir el resultat del procés.

¹⁶ *Carta ètica ...*, cit., Pàg. 27.

¹⁷ La *Carta ètica* el anticipa a la pàgina 29, i ho analitza a la pàgina 51.

magistrats en la presa de la seva decisió i afavorir una uniformitat de magistrats”¹⁸. Com comprovarem a l'analitzar el següent document del CEPEJ, aquesta és una preocupació contínua d'aquest organisme.

A continuació, la Carta ètica analitza el raonament jurídic i el dels jutges i conclou que les aplicacions actuals no permeten realitzar-lo.

La Carta ètica també desenvolupa una conseqüència que em sembla interessant de les aplicacions informàtiques de la Intel·ligència Artificial i és la seva relació amb els ADR. D'una banda, a l'ésser una eina que tindran els advocats per analitzar les possibilitats d'èxit d'una demanda, permetrà a les parts que puguin acudir a mecanismes d'ADR com la conciliació, la mediació o l'arbitratge¹⁹. En aquest context analitza l'aplicació que es realitza per algunes entitats d'assegurança franceses per al càlcul de barems i els treballs de laboratori de Ciberjustícia de Mont-real, afirmant que els resultats en termes d'eficàcia i claredat semblen segons els seus creadors excepcionals²⁰. Conclou que l'avaluació d'aquests sistemes no pot ser considerat imparcial i fiable perquè depèn de les bases amb què s'ha concebut, aconsellant la presència d'un tercer, com un mediador o un advocat²¹.

Un segon aspecte és la resolució de litigis en línia, analitzant els casos de Gran Bretanya, Països Baixos i Letònia. L'estudi analitza l'experiència duta a terme a les corts d'apel·lació de Rennes i de Douai durant la primavera de 2017 en què es va utilitzar de forma experimental un algoritme, de què els creadors afirmaven que podia predir la resolució judicial del conflicte. El resultat va ser que donava solucions "aberrants o inapropiades", per la confusió entre simples girs lèxics de les motivacions judicials i la ràtio decidenci de les resolucions judicials²².

Una variant de la resolució de litigis en línia és la possibilitat d'acudir a un ODR que utilitzi algoritmes per a la resolució del conflicte. En aquest cas recorda que l'article 22 del Reglament de Protecció de Dades preveu expressament aquesta possibilitat i regula la possibilitat que la persona afectada pugui rebutjar aquest mètode de resolució²³. A continuació, el CEPEJ realitza unes advertències sobre els ODR advertint que no poden induir a confusió amb la jurisdicció ordinària i

¹⁸ *Carta ètica*, pàg. 51.

¹⁹ *Carta ètica*, pàg. 44.

²⁰ *Carta ètica*, pàg. 47.

²¹ *Carta ètica*, p. 69.

²² *Carta ètica*, p. 45.

²³ *Carta ètica*, pp. 47 i 48, especialment nota 58.

que ha de respectar els drets protegits pel CEDH, especialment pels articles 6, 8 i 13²⁴. En el capítol 8 de l'estudi analitza de nou el dret de no sotmetre a una decisió automàtica que afecti de manera significativa a la persona. Conclou aconsellant que es s'articulin les formes de controlar-la per les jurisdiccions dels Estats²⁵.

D'especial interès és l'apartat 6.3 de l'estudi, que regula les principals garanties processals que han de respectar-se. En el mateix indica que en el procés civil aquestes són el dret d'accés a un tribunal, el principi del contradictori, la igualtat d'armes, la imparcialitat i independència dels jutges i el dret a l'assistència d'un advocat²⁶.

Finalment adverteix el caràcter ambigu i fal·laç de el concepte de justícia predictiva perquè "aquestes aplicacions utilitzen mètodes d'anàlisi de la jurisprudència, recolzant-se en mètodes estadístics que no reproduïxen en absolut un raonament jurídic, però que poden intentar descriure-ho"²⁷.

1.1.7. INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL PER A EUROPA. COMUNICACIÓ DE LA COMISSIÓ AL PARLAMENT EUROPEU, AL CONSELL EUROPEU, AL CONSELL, AL COMITÈ ECONÒMIC I SOCIAL EUROPEU I AL COMITÈ DE LES REGIONS.

El 25 d'abril de 2018 es va aprovar la Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell Europeu, al Consell, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions, sobre Intel·ligència Artificial per Europea (SWD 2018, 137 final).

Relacionat amb l'objecte d'aquest treball vull destacar l'apartat 3.3 de el document, que recull dues conclusions fonamentals. En aquest analitza el marc ètic i jurídic adequat, incidint en la importància del Reglament de Protecció de Dades²⁸, que garanteix que:

²⁴ *Carta ètica*, pp. 48 i 49.

²⁵ *Carta ètica*, p.. 69.

²⁶ *Carta ètica*, cit., pp.. 50 i 51.

²⁷ *Carta ètica*, cit., p.. 61.

²⁸ Reglament (UE) 2016/679, de el Parlament Europeu i de Consell de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa a el tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades i per qual es deroga la Directiva 95/46 / CE (Reglament General de Protecció de Dades).

- Els titulars de les dades tenen dret a rebre informació significativa sobre la lògica subjacent a una decisió (art. 13.2.f, 14.2.gy 15.1.h).
- Les persones tenen dret a no ser objecte de decisions basades únicament en el tractament automatitzat (art. 22).

En el considerant 71 motiva aquests dos punts. He de destacar que en tot cas es reconeix a l'interessat el respecte de les garanties apropiades, l'obligació que se li faciliti la informació específica, el dret a obtenir la intervenció humana, el dret a expressar el seu punt de vista, a rebre una explicació de la decisió presa i a impugnar la decisió.

Considero d'especial interès dos aspectes. El dret a rebre la informació específica dels criteris que van a seguir per a adoptar la decisió automatitzada i la possibilitat d'impugnar la decisió. Tots dos extrems estan relacionats, ja que aquesta última inclou tant la resolució final del conflicte o de l'expedient com el dels criteris seguit.

Una altra qüestió diferent és el mecanisme d'impugnació, que serà diferent en funció de la decisió que es tracti, i que en tot cas ha d'estar sotmesa a el control jurisdiccional.

1.1.8. ESTUDI TÈCNIC SOBRE LA REGULACIÓ EN LÍNIA DELS LITIGIS.

A la 93a reunió plenària de el Consell d'Europa, celebrada a Estrasburg el 14 i 16 de novembre de 2018, es va aprovar l'Estudi tècnic sobre la regulació en línia dels litigis, subtítulat la regulació en línia dels litigis i el respecte de el dret a un judici just i a un recurs efectiu (art. 6 i 13 de la Convenció Europea de Drets Humans), realitzat per Julia Hörnle, amb l'ajuda de Matthew Hewitson i Illia Cermohorenko.

En aquest estudi s'analitza amb caràcter previ el concepte de regulació en línia dels litigi. Opta per donar-li un contingut ampli i el defineix d'una manera descriptiva ja que el concep com una regulació en línia dels litigis. D'aquesta manera inclou tant l'aplicació de les noves tecnologies als processos judicials

com la tramitació electrònica dels sistemes extrajudicials de resolució dels conflictes²⁹. Així distingeix fins a cinc tècniques de RLL³⁰:

- Els sistemes o plataformes d'emmagatzematge en línia directament consultables i utilitzables per les parts i / o els seus advocats per arxivar les al·legacions i documents del procés.
- El recurs a sistemes en línia per arxivar, tractar, avaluar i presentar proves en format electrònic.
- El recurs a la intel·ligència artificial, a tècniques d'anàlisi de big data ja l'automatització per adoptar decisions, que tradicionalment han estat adoptades pels jutges sobre la base d'un raonament humà.
- El recurs a les plataformes de la comunicació, per exemple, per a realitzar audioconferències o videoconferències.
- El recurs a la intel·ligència artificial, a l'anàlisi del big data ja sistema de consells especialitzats amb la finalitat de negociar, intervenir, de delimitar el conflicte o donar consell jurídic.

Com es pot comprovar són sistemes heterogenis que tenen efectes diferents sobre el procés judicial i la seva regulació.

L'estudi també adverteix que en cap Estat membre de Consell d'Europa s'ha regulat un procediment ex novo que apliqui les noves tecnologies³¹. No obstant això, cal tenir en compte que després de la realització d'aquest s'ha aprovat al Regne Unit s'ha posat en funcionament una cort on line de resolució de conflictes anomenada HM Online Court. El procés s'ha estructurat en tres fases: una primera en què s'avalua el litigi i es donen consells jurídics; en la segona s'inicia una mediació o negociació; i en la tercera s'adopta una decisió pels jutges³². Aquest sistema que s'ha implantat al Regne Unit és similar al regulat en la Colòmbia Britànica de Canadà.

²⁹ *Estudi tècnic*, cit., p. 12.

³⁰ *Estudi tècnic*, cit., p. 14.

³¹ *Estudi tècnic*, cit., p.. 42.

³² El sistema ho analitza *l'estudi* a la p. 45.

A continuació, l'estudi analitza la relació entre la regulació en línia dels litigis i els articles 6 i 13 del Conveni Europeu de Drets Humans, analitzant concretament³³:

- El dret a un procés just.
- La independència i imparcialitat.
- La igualtat d'armes processals.
- La contradicció en el procés i la comunicació de proves.
- La transparència i l'audiència pública.
- L'efectivitat de les decisions judicials.
- L'obligació de motivar la decisió.
- El dret a un recurs i / o control jurisdiccional.
- La protecció de dades, a la vida privada, la seguretat de la informació i la ciberseguretat.

Aquests aspectes els aniré analitzant al llarg dels diferents apartats d'aquest treball.

Un dels conceptes que introdueix és el de la fractura numèrica. En la mateixa inclou tant els ciutadans que no tenen coneixements informàtics, pel que no poden accedir a aquest tipus de sistemes de resolució de conflictes, com als advocats intervinents que no tenen formació tecnològica o no disposen dels mitjans adequats per accedir a els RLL³⁴. Per superar-proposa que es conservi en certa mesura un procediment en paper o emprar assistents encarregats d'acompanyar els Justiciables desfavorits. També adverteix que aquest tipus de processos poden agreujar les desigualtats existents, però que el legislador no està obligat a posar-hi remei, però sí garantir que puguin participar efectivament.³⁵

³³ *Estudi tècnic*, cit., pp. 49 i ss.

³⁴ *Estudi tècnic*, cit., pp. 64 i ss.

³⁵ *Estudi tècnic*, cit., p. 65.

Finalment, en l'estudi es realitzen fins a 25 recomanacions als estats membres de Consell d'Europa per regular en línia els litigis.

1.1.9. DESCODIFICAR LA INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL: 10 MESURES PER PROTEGIR ELS DRETS HUMANS.

Al maig de 2019 el Comissari de Drets Humans de el Consell d'Europa va publicar el treball titulat "descodificar la Intel·ligència Artificial: 10 mesures per protegir els drets humans".

Una de les principals preocupacions quan s'analitza la intel·ligència artificial és el respecte dels drets humans, que inclou tant els reconeguts com a drets fonamentals en les Constitucions dels estats membres de la Unió Europea, la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea i el Conveni Europeu de Drets Humans. En aquest document s'analitza específicament aquesta relació. Tal com indica el document a la Introducció, parafrasejant Carnet, comissari dels Drets Humans de el Consell d'Europa, "és urgent trobar l'equilibri entre el progrés tecnològic i la protecció dels drets humans".

En el document es proposen deu mesures per protegir els drets humans enfront de l'aplicació de la intel·ligència artificial. Els que considero que afecten la ciberjustícia són:

- La recomanació 4 sobre informació i transparència. En aquesta adverteix que s'ha d'informar a les persones que sigui objecte d'una decisió d'una autoritat que es fon del tot o de manera significativa en el resultat d'un sistema d'Intel·ligència de quins són els criteris que se segueixen d'una forma clara i accessible, a més d'advertir que poden trucar a un professional.
- La recomanació 5 sobre el control independent de la Intel·ligència Artificial, que s'ha de fer a través d'una llei que permeti verificar de manera independent i efectiva el desenvolupament, el desplegament i la utilització del sistemes d'Intel·ligència Artificial.
- La recomanació 6 té per objecte la protecció de la no discriminació i la igualtat. Per això aconsella prestar una atenció particular a la

transparència i accés a la informació sobre les dades utilitzades i reforçar el control quan els sistemes d'Intel·ligència Artificial s'utilitzin en el context de l'aplicació de les lleis. En aquest últim cas caldria fer una auditoria independent abans de la seva aplicació.

- La recomanació 6 analitza el respecte de la protecció de dades i respecte de la vida privada. Per això aconsella als estats membres aprovar un marc legislatiu que regula les garanties apropiades, fent especial atenció a la protecció contra el tractament discriminatori o distorsionat de les dades.
- En la recomanació 7 analitza altres drets fonamentals que poden resultar afectats pel desenvolupament dels drets fonamentals com la llibertat d'expressió, de reunió i d'associació i el dret a la feina.
- La recomanació 9 desenvolupa la possibilitat de el recurs. És a dir, que l'afectat per la utilització d'un sistema d'Intel·ligència Artificial ha de poder interposar un recurs efectiu davant la instància nacional. Això inclou la garantia que l'afectat ha de poder realitzar al·legacions abans d'una decisió fundada en la Intel·ligència artificial s'adopti com impugnar fundant-se en: les dades d'aprenentatge i de test, les informacions sobre la manera en què la Intel·ligència Artificial ha estat utilitzada, les informació útils i comprensible sobre la manera en què el sistema d'Intel·ligència Artificial ha arribat a una recomanació, a una decisió o a una previsió, així com les informacions que expliquin com s'han obtingut els resultats de sistema d'Intel·ligència Artificial. Finalment, la resolució de la impugnació ha d'analitzar amb escepticisme la "aparença objectiva" de la intel·ligència artificial.

He exposat les que considero més rellevants, atenent especialment la possibilitat de el recurs. En relació amb aquesta el document finalitza amb una checklist del que s'ha de fer i no.

1.1.10. EINES PER IMPLEMENTAR LES DIRECTRIUS SOBRE CIBERJUSTÍCIA.

Un altre dels documents adoptats pel CEPEJ són les eines per implementar les directrius sobre Ciberjustícia³⁶, el que demostra la preocupació d'aquest organisme per la implantació de les noves tecnologies en els processos judicials. El document es divideix en cinc apartats: les línies directrius i principis clau sobre la manera de conduir el canvi cap a la ciberjustícia; la concepció i gestió d'una estratègia sobre les tecnologies de la informació en un sistema judicial; l'esquema d'elaboració d'un sistema de gestió de processos al servei dels usuaris; la llista de verificació de les diferents etapes i accions a emprendre en la concepció, desenvolupament i posada en marxa d'un projecte de justícia; i el patró suggerit per avaluar els projectes.

A continuació, analitzaré els aspectes de el document que considero més rellevant a efectes d'aquest treball.

Considero encertat que a la primera eina declari que les tecnologies de la informació no poden ser un fi en si mateix, sinó que han de ser un mitjà per millorar el funcionament dels sistemes judicials. Un cop establerta aquesta premissa recorda que els objectius han d'estar compromesos amb la promoció i els valors jurídics i exempt de tota consideració tècnica. Per a això és necessari fer una auditoria dels procediments i processos judicials en vigor, ja que considera que la ciberjustícia és l'ocasió per revisar-lo. Tot això ha de realitzar-se de conformitat amb els principis fonamentals de el dret processal i de l'organització judicial. Per tot això considera fonamental la sincronització entre les regles jurídiques i les pràctiques i els processos vinculats amb les noves tecnologies³⁷.

En el segon apartat dóna una sèrie de consells sobre la forma d'implementar les noves tecnologies en el sistema judicial. així aconsella que els responsables no siguin tècnics i que la durada mitjana de l'estratègia serà de quatre a cinc anys.

Entre els objectius destaco la gestió eficaç dels tribunals, facilitar l'accés a la justícia, la resolució i execució eficaç dels judicis i millorar la seguretat

³⁶ Document adoptat en la 32 Reunió plenària de la CEPEJ, celebrada a Estrasburg el 13 i 14 de juny de el 2019.

³⁷ *Eines ...*, cit., pp. 5 i 6.

jurídica. En aquest últim apartat aconsella reforçar l'autoritat dels precedents perquè "el càlcul de la informació jurídica fundada en la jurisprudència ajudarà a les parts a avaluar la seva situació i decidir si elles prefereixen anar davant els tribunals o regular les seves diferències extrajudicialment"³⁸.

L'últim dels objectius és oferir un sistema raonablement previsible, d'acord amb els principis del CEDH sobre accés a la justícia i la protecció d'un procés just³⁹.

La resta de les eines tenen un caràcter tècnic i sent fonamentals per al desenvolupament de la ciberjustícia, excedeix de l'àmbit d'aquest treball.

1.1.11. LA CONFERÈNCIA DEL COMITÈ DE MINISTRES DEL CONSELL D'EUROPA, DE 15 D'OCTUBRE DE 2019, SOBRE LA JUSTÍCIA A EUROPA DAVANT ELS DESAFIAMENTS INFORMÀTICS.

Finalment, el Comitè de Ministres de el Consell d'Europa, celebrat a Estrasburg el 14 i 15 d'octubre de 2019 va tenir per objecte la Justícia a Europa davant els reptes informàtics, s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió. En la declaració de la presidència francesa s'informa que s'arriben a cinc conclusions a tenir en compte per desenvolupar els estris i instruments de el Consell d'Europa en matèria de justícia i informàtica:

- L'accés a el dret i la justícia "numèrica" hauria de completar l'accés "no numèric"; ha de permetre especialment una millor comprensió de el dret, un millor accés a les decisions de justícia, a un coneixement en profunditat i la seva correcta comprensió pels ciutadans i els professionals de el dret.
- La utilització de les eines informàtiques i els procediments algorítmics en la justícia s'ha de fer sense efectes discriminatoris en les parts i garantir el respecte de la vida privada i la protecció de dades.
- Fins i tot oferint noves potencialitats de la regulació alternativa de litigis i d'ajuda a la decisió, aquesta utilització d'eines informàtiques i procediments algorítmics no ha d'impedir el dret a un recurs efectiu davant

³⁸ *Eines*, pp. 13 i 14.

³⁹ *Loc. cit.*, p. 15.

el jutge i el seu control, així com a la individualització de les decisions de justícia.

- La utilització de les eines informàtiques han de respectar el dret a un procés just i el secret de la investigació, i a satisfer les existències de transparència i comprensió de la decisió judicial.
- La utilització d'aquestes eines han d'impedir la difusió de continguts il·legals i la protecció de notícies falses, garantint la llibertat d'expressió i d'informació.

1.1.12. LA REGULACIÓ EUROPEA.

La Unió Europea també ha aprovat directives i reglaments en els que està latent la preocupació per aquesta matèria. Així he de destacar el Reglament (UE) 2016/679, de el Parlament Europeu i de Consell de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa a la protecció de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE. A l'article 22 preveu que les persones tenen dret a no ser objecte de decisions basades únicament en el tractament automatitzat. A més, els titulars de les dades tenen dret a rebre informació significativa sobre la lògica subjacent a una decisió (art. 13.2.f., 14.2.gy 15.1.h.).

Una altra norma que considero important en aquest àmbit és la Directiva 2013/11/UE, de el Parlament i de el Consell, de 21 de maig de 2013, relativa a la resolució alternativa de litigis en matèria de consum i per la qual es modifica el Reglament CE nombre 2006/2004, i la Directiva 2009/22 / CE (Directiva sobre resolució alternativa de litigis en matèria de consum). Aquesta no conté cap previsió específica sobre la decisió automatitzada dels litigis, però sí sobre la tramitació electrònica.

La Unió Europea ha aprovat una sèrie de directives que regulen les ODR en àmbits com el consum. Una de les preocupacions de la Unió Europea ha estat potenciar el comerç transfronterer entre els estats integrants de la Unió. Per a això ha articulat un sistema de resolució de conflictes al voltant de les ADR. La comunicació 161/2000 ja relacionava la confiança en el comerç transfronterer amb les noves tecnologies i l'accés dels consumidors a la justícia.

Posteriorment el Reglament UE nombre 524/2013 del Parlament Europeu i de Consell de 21 de maig de 2013, sobre resolució de litigis en línia en matèria de consum i pel qual es modifica el Reglament CE número 2006/2004 i la Directiva 2009/22 / CE incideix en aquest binomi. En el considerant 6 afirma que "és important que els consumidors i els comerciants poden realitzar transaccions en línia, pel que resulta indispensable desmantellar els obstacles existents i potenciar la confiança dels consumidors. La disponibilitat d'un sistema de resolució de litigis en línia fiable i eficient podria contribuir en grau important a l'assoliment d'aquest objectiu ". Per a això el Reglament canalitza les reclamacions feia l'entitat competent en qualsevol país mitjançant la plataforma, però no utilitzar eines interactives per la resolució de conflictes⁴⁰.

1.2. LA CIBERJUSTÍCIA A LA LEGISLACIÓ ESPANYOLA.

En la legislació espanyola l'adaptació de l'Administració de Justícia a les noves tecnologies s'ha realitzat bàsicament a través de la Llei 18/2011, de 5 de juliol, reguladora de l'ús de les tecnologies de la informació i la comunicació en l'Administració de Justícia. Tal com indica l'apartat I de l'Exposició de motius els objectius d'aquesta norma són:

"Els principals objectius d'aquesta norma, són: primer, actualitzar el contingut de el dret fonamental a un procés públic sense dilacions indegudes, gràcies a l'agilització que permet l'ús de les tecnologies en les comunicacions; segon, generalitzar l'ús de les noves tecnologies per als professionals de la justícia; tercer, definir en una norma amb rang de Llei el conjunt de requisits mínims d'interconnexió, interoperabilitat i seguretat necessaris en el desenvolupament dels diferents aplicatius utilitzats pels actors de el món judicial, per tal de garantir la seguretat en la transmissió de les dades i totes les altres exigències es continguin en les lleis processals ".

Aquesta norma regula l'accés a la justícia per mitjans electrònics, tant de les parts com dels professionals i la tramitació electrònica dels procediments judicials. El títol IV d'aquesta Llei desenvolupa la tramitació electrònica dels

⁴⁰ Veure BARRAL VIÑALS, "la resolució extrajudicial de conflictes amb consumidors després de la Llei 7/2017: la mediació de consum i altres ADRs", *El sistema d'ADR / ODR en conflictes de consum: aproximació crítica i prospecció de futur*, edit. Atelier, Barcelona, 2019, pàg. 23.

procediments, que es divideix en quatre capítols: un de disposicions generals on s'indiquen els criteris de la gestió electrònica; el segon que desenvolupa l'expedient judicial electrònic; el tercer el registre d'escrits, les comunicacions i les notificacions electròniques, que es divideix en dues seccions dedicades al registre d'escrits i a les comunicacions i les notificacions electròniques; i el quart la tramitació electrònica.

L'article 25, que és l'únic de el capítol dedicat a les disposicions generals, té dos apartats: en el primer afirma que "la gestió electrònica de l'activitat judicial respectarà el compliment dels requisits formals i materials establerts en les normes processals".

El segon apartat d'aquest precepte té relació amb el procediment i preveu que "l'aplicació dels mitjans electrònics a la gestió dels procediments, processos i serveis anirà sempre precedida de la realització pel Comitè tècnic estatal de l'Administració judicial electrònica d'una anàlisi del redisseny funcional i simplificació de procediment, procés o servei ". A continuació, indica quins són els aspectes que s'han de tenir en compte entre els quals destaco la possible supressió o reducció de la documentació requerida als ciutadans i la reducció dels temps en la tramitació de procediments.

Tot i la previsió legislativa la veritat és que la implantació de les noves tecnologies al procés judicial no ha implicat una reforma d'aquest. És a dir, aquestes s'han integrat en la regulació ja existent.

De la resta de la regulació destaco el capítol III que té per objecte el registre d'escrits, les comunicacions i les notificacions electròniques, a què dedico un apartat independent d'aquest treball i el capítol IV que desenvolupa la tramitació electrònica. En aquest destaco l'article 42 que regula l'actuació judicial automatitzada, a què es fa una referència genèrica, però sense indicar quin pot ser el seu àmbit d'aplicació.

1.3. CONCLUSIÓ: LA PREOCUPACIÓ DE LA UNIÓ EUROPEA I DEL CONSELL D'EUROPA SOBRE LA CIBERJUSTÍCIA.

He exposat els treballs realitzats per la Unió Europea i el Consell d'Europa sobre la ciberjustícia perquè és una de les preocupacions que ha tingut. Aquestes institucions són conscients de l'impacte que pot tenir l'aplicació

de les noves tecnologies al procés judicial i el seu efecte sobre els drets fonamentals protegits pels articles 6 i 13 CEDH⁴¹. Per això han promogut estudis i treballs relacionats sobre aquesta matèria per a realitzar recomanacions als Estats membres perquè en l'aplicació de les noves tecnologies a la resolució i els conflictes es respectin els drets fonamentals, especialment els relacionats amb el procés judicial i el dret a la igualtat. No obstant això, en la pràctica es constata com es prima l'efectivitat d'aquests sistemes sobre el respecte dels drets fonamentals⁴².

A la Unió Europea s'ha iniciat la regulació d'aquestes matèries, especialment a través del Reglament de Protecció de Dades. Aquest no regula el procés judicial ni la seva relació amb les noves tecnologies, però sí que ho fa amb dos temes que considero fonamentals:

- D'una banda, la necessitat que s'informi a les parts de quins són els criteris que segueix el sistema de resolució informàtica del litigi.
- I per un altre que les parts s'han de sotmetre a un sistema automatitzat de resolució de conflictes, tot i que es preveuen una sèrie d'excepcions a l'article 22 del Reglament de la Unió Europea de Protecció de Dades.

També té gran importància la ciberjustícia en la resolució de conflictes de consum transfronterer, àmbit en el qual és previsible un major desenvolupament en un futur pròxim.

A nivell estatal estem en una fase inicial de la regulació. Lamentablement el legislador espanyol no ha aprovat l'aplicació de les noves tecnologies al procés judicial tot i que des de l'any 2003 ha aquesta previsió en la LOPJ i l'exhort que va realitzar al Govern en la disposició final tercera de la Llei 18/2011, de 5 de juliol, reguladora de l'ús de les tecnologies de la informació i la comunicació en l'Administració de Justícia que preveu que "el Govern presentarà un projecte de llei que reguli de manera integral l'ús de sistemes de videoconferència en l'Administració de Justícia".

Aquesta reflexió no s'ha realitzat i ens hem vist obligats a implantar la realització telemàtica de les vistes causa de la situació d'urgència sanitària provocada pel COVID-19. L'aplicació de les noves tecnologies al procés judicial

⁴¹ Aquests drets fonamentals relacionats amb el dret a la tutela judicial efectiva també estan previstos en l'article 47 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea i en l'article 24 de la Constitució Espanyola, així com per la totalitat de les Constitucions dels estats membres de Consell d'Europa.

⁴² En aquest sentit es pronuncia *l'Estudi tècnic ...*, cit., Pàg. 44.

és una de les moltes assignatures pendents de legislador. Cal valorar la concurrència tots els interessos concurrents i regular-lo de una forma adequada, auditant per a això els processos judicials i simplificar en la mesura del possible.

A nivell europeu ja s'ha realitzat, però lamentablement no a Espanya. És la tasca que ens queda pendent si volem assegurar el respecte de el dret a la tutela judicial efectiva i evitar que la tasca legislativa sigui substituïda pels òrgans jurisdiccionals, que es veuran obligats a adaptar un procés judicial a l'aplicació de les noves tecnologies. L'activitat dels jutges i magistrats que el realitzen és elogiable, però el problema és que genera inseguretats jurídica. Per això és imprescindible que es reguli respectant les garanties processals i els drets implicats.

2. L'ACCÉS A LA JUSTÍCIA.

En aquest apartat distingeixo tres temes relacionats amb el dret a l'habitatge digne i la protecció del consumidor:

- El primer és l'accés a la Justícia dels afectats per un procés judicial relacionat amb el seu habitatge habitual.
- El segon està vinculat amb l'anterior ja que el TJUE ha protegit a l'adquirent de l'habitatge destinat a un ús no professional per la seva condició de consumidor en el préstec hipotecari contractat per realitzar l'adquisició d'aquesta.
- El tercer és l'accés a la justícia i la bretxa digital que es produeix davant la generalització de l'aplicació de les TICS⁴³ a el procediment judicial. Aquest tema és transversal a tot el dret processal, que té una especial incidència en els processos de consum.

2.1. L'ACCÉS A LA JUSTÍCIA DE LES PERSONES AFECTADES PER UN PROCÉS QUE TÉ PER OBJECTE LA SEVA VIVENDA HABITUAL.

Un dels temes que ha preocupat a el Consell de Drets Humans de Nacions Unides ha estat l'accés a la justícia per a la defensa el dret a l'habitatge. Així va aprovar l'Informe de la Relatora Especial que realitza sobre aquest tema al 40 període de sessions, celebrat del 25 de febrer al 22 de març de 2019⁴⁴.

⁴³ Sobre el concepte de TICs veure per tots NIEVA FENOLL, que afirma que "podria dir-se que descriu la possibilitat que les màquines, en alguna mesura, pensin, o més bé. Imitin el pensament humà a força d'aprendre i utilitzar les generalitzacions que les persones fem servir per prendre les nostres decisions habituals "(en *Intel·ligència artificial i procés judicial* , edit., Marcial Pons, Madrid, 2018, pàg. 20). Recentment afirma que "la intel·ligència artificial només es una enorme base de dades de funcionament més complex de l'habitual que es condueix a traves dels denominats algoritmes, que son els que permeten a la aplicació la gestió de les dades i l'exposició de les alternatives de la decisió a la qüestió plantejada a la pròpia aplicació" (en "La obligatoriedad vs voluntariedad en el sistema arbitral de consumo", en *la Ley, Mediación y Arbitraje*, número 4, oct-dec 2020, 1 d'octubre de 2020, p. 8.

⁴⁴ "L'accés a la justícia per a la defensa el dret a l'habitatge. Informe de la Relatora Especial sobre un habitatge adequat com element integrant de el dret a un nivell de vida adequat i sobre el dret de no discriminació referent a això", aprovat en el 40 període de sessions, de el 25 de febrer a 22 de març de 2019 , al Consell de drets humans, Promoció i protecció de tots els drets humans civils, polítics, econòmics, socials i culturals, inclosos el dret a el desenvolupament. Asamblea General de Naciones Unidas, A / HRC / 40/61.

L'informe afirma que " *els Estats estan facultats per determinar la millor manera de garantir l'accés a la justícia respecte dels diversos components de el dret a l'habitatge, però no estan facultats per determinar si garanteixen o no aquest accés*". A continuació, enumera deu principis fonamentals que han de respectar els tribunals pel que fa a l'accés a la justícia, que són:

- L'accés a la justícia ha de garantir-se per tots els mitjans apropiats i ha de servir per atendre les necessitats dels diferents grups.
- Els Estats han de posar en pràctica el dret a l'habitatge en el seu ordenaments jurídics interns, de manera que es garanteixi a el menys a el mateix nivell de protecció que el que ofereix el dret internacional dels drets humans.
- Les persones i els grups, les llars i les comunitats han de tenir capacitat per presentar reclamacions i participar en tots els processos legals i en la utilització de vies de recurs.
- La denegació de l'accés a la justícia no pot justificar-se quan el dret a l'habitatge no es consideri justiciable en l'ordenament jurídic intern de l'Estat.
- L'accés a la justícia s'ha d'aplicar a les obligacions tant negatives com positives de l'Estat, incloses les obligacions d'aconseguir progressivament l'efectivitat de el dret a l'habitatge.
- Els Estats poden delegar en òrgans administratius certs components d'accés a la justícia per a la defensa el dret a l'habitatge, però ha d'haver recursos judicials disponibles quan sigui necessari.
- Els tribunals han d'interpretar i aplicar el dret intern de conformitat amb les obligacions de l'Estat de respectar, protegir i fer efectiu el dret a l'habitatge.
- Els Estats han de promoure una adopció de decisions que sigui compatible amb el dret a l'habitatge.
- Els recursos han d'abastar tant a les violacions individuals com a les sistemàtiques.
- Els governs han de posar en marxa recursos que han de fer complir els tribunals amb la participació dels titulars dels drets.

Com es pot observar l'informe parteix d'una premissa i és que el dret a l'habitatge es considera un dret fonamental directament exigible. A Espanya, i altres estats del nostre entorn, això no és així. La seva consideració com a principi rector de la política social i econòmica provoca que no es pugui al·legar la seva vulneració davant els tribunals (article 53.3 CE) i que sigui el legislador

el que ho hagi de desenvolupar⁴⁵. No obstant això, els Tribunals Constitucionals han afavorit la seva protecció indirecta vinculant-ho amb altres drets fonamentals com el dret a la inviolabilitat de domicili o el dret a la intimitat.

El que no és discutible és que ha d'assegurar el dret d'accés, manteniment o conservació de l'habitatge regulant de manera eficaç la seva tutela judicial, tant garantint l'assistència jurídica gratuïta⁴⁶ com que el cost d'accés sigui assumible per les parts⁴⁷. No obstant això, cal tenir en compte que l'informe comentat es realitza en el marc de Nacions Unides i en un àmbit en què les realitats socials són molt heterogènies i no comparables.

Un dels problemes processals que ens trobem en molts processos, especialment d'execució de títol no judicial o hipotecari, és que els demandats no compareixen en el procés. Aquesta pràctica té el seu origen en que no se'ls notifica el procés ja que no se'ls troba en el domicili que s'ha determinat com de notificacions o perquè, realitzant-se, opten per no comparèixer.

La notificació de les resolucions judicials la analitzaré en un apartat independent, pel que em remeto a aquest.

La no compareixença dels afectats pels processos d'execució es devia a les escasses opcions d'oposició que existia. Aquesta circumstància s'ha corregit des que el Tribunal de Justícia de la Unió Europea va dictar la sentència de 14 de març de 2013, assumpte c-415/11, cas Aziz, i es va reformar la LEC per possibilitar que el jutge d'ofici analitzés l'existència de clàusules abusives i l'executat pugui al·legar la seva existència com a causa d'oposició. En tot cas hi ha un alt nombre de processos d'execució hipotecària en què l'executat no

⁴⁵ Veure àmpliament l'estudi que realitzo a *Tutela judicial efectiva y derecho a la vivienda*, edit. Atelier, Barcelona, 2021.

⁴⁶ Tal com afirma la Sentència de Tribunal Constitucional nombre 85/2020, de 20 de juliol la relació entre el dret a l'assistència jurídica gratuïta i el dret d'accés a la jurisdicció determina que si es denega la gratuïtat de la justícia a qui compleix els requisits lleialment previstos i pretén formular les seves pretensions o oposar-se a les contràries a la via processal, s'estaria infringint a el mateix temps el seu dret d'accés a la justícia, per la qual cosa és plenament aplicable el principi "pro actione".

⁴⁷ Tal com indica LÓPEZ GUERRA el Tribunal Europeu de Drets Humans ha vingut a establir que l'accés efectiu a la justícia, que integra el contingut de l'article 6.1. del CEDH, " per una banda, que aquesta garantia jurisdiccional exigeix que el cost d'accés als Tribunals no sigui desproporcionat respecte dels mitjans de les parts (Bakan contra Turquia, 2007) i de l'altra, que haurà d'incloure el dret a assistència jurídica gratuïta quan el recurrent no pugui afrontar el cost del procés (Airey contra Irlanda, 1979) "(a" la protecció dels drets econòmics i socials en el Conveni Europeu de drets Humans ", a *Tractat sobre la protecció dels drets socials* , edit. Tirant lo Blanch, València, 2014, ref. TOL4.060.011, p. 4 de la versió digital).

compareix en el procés, bé per desconèixer la seva existència o per no comparèixer voluntàriament.

En aquest apartat també s'han d'analitzar els recursos econòmics que té el titular d'un habitatge per iniciar un procés judicial en defensa d'aquesta. És significatiu l'augment que s'ha produït de processos en què s'al·lega l'existència d'una clàusula abusiva en què la defensa dels titulars de l'habitatge es realitza per despatxos d'advocats que afirmen que no els cobrarà res⁴⁸. En realitat, aquests despatxos actuen després que els clients signin fulls d'encàrrec en els quals assumeixen el pagament d'unes quantitats excessives en concepte de costes ja que inclou un percentatge del que es percebi pel procés més les costes en cas que es condemni a la part contrària. De la mateixa manera actuen altres serveis jurídics sota l'aparença d'associacions de consumidors i usuaris.

El que amaga aquesta pràctica d'un sector molt específic de l'advocacia és la manca d'accés d'aquests titulars d'habitatge a la justícia. Per posar fi haurien d'adoptar mesures legals que sancionin la judicialització d'aquests processos. És significatiu que el 97,2% dels processos iniciats s'estima la demanda⁴⁹. No obstant això, els tribunals o són reticents a la imposició de les costes a la part condemnada o rebaixen l'import d'aquestes en la taxació de costes. I això el que fa és provocar que l'entitat financera es negui a atendre extrajudicialment les reclamacions dels afectats i obligar-los a anar a un procés judicial que, en molts casos, no poden assumir econòmicament. És una qüestió que ha de ser resolta pel legislador habilitant mecanismes diferents al procés judicial per a la resolució de conflictes.

L'informe sobre l'accés a la justícia per a la defensa el dret a l'habitatge també incideix, en els apartats 35 i seg., en la necessitat de garantir que el desallotjament es dugui a terme com a últim recurs⁵⁰.

2.2. L'ACCÉS A LA JUSTÍCIA DEL CONSUMIDOR.

⁴⁸ Veure l'anàlisi que efectua ORTELLS RAMOS a "Tutela judicial col·lectiva i nous models de defensa jurídica a Espanya", en *Revista General de Dret Processal*, nombre 48 (2019).

⁴⁹ Dada extret de l'estadística que elabora el CGPJ sobre "els efectes de la crisi en la Justícia", tercer trimestre 2019, que es pot consultar a www.poderjudicial.es.

⁵⁰ Veure el anàlisi que efectuo a *Tutela efectiva y derecho a la vivienda*, edit. Atelier, Barcelona, 2021, pp. 171 i ss.

2.2.1. L'ADVERTÈNCIA DE LA UNIÓ EUROPEA SOBRE L'ACCÉS A LA JUSTÍCIA DELS CONSUMIDORS.

Un dels temes que històricament ha preocupat a la Unió Europea ha estat l'accés dels consumidors a la Justícia. El 25 de juny de 1987 el Consell de les Comunitats Europees va aprovar una resolució sobre l'accés dels consumidors a la Justícia⁵¹ en la qual constatava " *els obstacles que troben els consumidors que, mitjançant denúncies, sol·liciten reparació dels danys soferts arran de la compra o de l'ús de productes defectuosos o com a conseqüència de serveis insuficients*". Per això considerava el dret dels consumidors a què fossin reparats " *mitjançant procediments ràpids, eficaços i poc onerosos*". Finalment convidava a la Comissió a prosseguir en l'estudi " *sobre la comesa d'aquestes organitzacions (de consumidors), organismes o institucions com intermediaris o com a agents directes de l'accés dels consumidors a la justícia*".

El 16 de novembre de 1993 la Comissió de les Comunitats Europees va aprovar el Llibre Verd sobre accés dels consumidors a la justícia i la solució de litigis en matèria de consum al mercat únic, en el qual realitza una exposició de la situació de cada un dels Estats membres. Posteriorment el 15 de març de 1996 la Comissió va remetre a Parlament la Comunicació "Pla d'acció sobre l'accés dels consumidors a la Justícia i la solució de litigis en línia en matèria de consum en el mercat interior"⁵². Al plantejar el problema la Comissió afirma que un litigi mitjà en matèria de consum " *es caracteritza per la desproporció entre el volum econòmic de l'assumpte i el cost de la seva solució judicials*". Després d'analitzar els problemes d'aquestes reclamacions, que identificava en el cost de l'accés a la justícia i la durada dels processos judicials, constatava la dificultat del consumidor d'interposar una reclamació intracomunitària de consum. Per això proposava promoure procediments extrajudicials i simplificar l'accés als procediments judicials. En aquesta última suggeria millorar l'accés als procediments nacionals existents i aprovar en l'àmbit europeu un formulari simplificat europeu per als litigis intracomunitaris el valor se situï per sota de certa quantia, per tal de facilitar l'accés a les jurisdiccions nacionals. També indicava altres mesures com regular les "class actions" o permetre l'acumulació d'assumptes connexos en el cas en què l'acció d'un mateix professional hagi causat un perjudici a diversos consumidors.

⁵¹ Resolució de Consell de les Comunitats Europees de 25 de juny de 1987 sobre l'accés dels consumidors a la justícia (87 / C 176/02), publicat al Diari Oficial de les Comunitats Europees de 4 de juliol de 1987, nombre C 176/2.

⁵² El pla d'acció va ser aprovat el 14 de febrer de 1996, COM (96) 13 final.

El Parlament va respondre mitjançant la Resolució de 14 de novembre de 1996⁵³. En el considerant C identifica com problemes de les reclamacions del consumidor davant el professional en l'àmbit intracomunitari " *la dificultat d'incoar un procediment davant del jutge de lloc de residència del demandat, les dificultats inherents als documents de prova necessaris per a la instrucció, les dificultats relatives a les notificacions a l'estranger, l'execució de la sentència en un país que no sigui el de jutge que ha emès la sentència i tot el relatiu al 'procediment que s'ha de seguir, i que aquestes dificultats acabin dissuadint el consumidor de fer valer efectivament els seus drets* ".

Posteriorment la Comissió Europea va aprovar la Comunicació sobre la solució extrajudicial de conflictes en matèria de consum i la recomanació de la comissió als òrgans responsables de la solució extrajudicial dels litigis en matèria de consum de 30 de març de 1998⁵⁴.

2.2.2. LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE L'ACCÉS A LA JUSTÍCIA DELS CONSUMIDORS.

Al marge dels antecedents històrics i la regulació legislativa de la Unió, recentment el TJUE ha resolt un seguit de qüestions prejudicials sobre el dret a la tutela judicial efectiva del consumidor i l'accés a la justícia. En aquestes els tribunals nacionals plantejaven la compatibilitat amb el dret de la Unió⁵⁵ amb l'exigència d'algunes lleis processals en relació amb el compliment de determinats requisits per iniciar un procés judicial, els terminis i requisits per formular oposició i el cost que l'implica comparèixer en un procés judicial.

La primera sentència en aquest sentit que considero important és la de 13 de setembre de 2018, assumpte C-176/17, cas Profi Credit Polska. La qüestió prejudicial s'interposa per un tribunal polonès, en la qual planteja el dret a la tutela judicial efectiva del consumidor que es veu obligat a anar a un tribunal que no és el del seu domicili, ja que el contracte permet al professional optar per dues furs.

⁵³ Resolució sobre la Comunicació de la Comissió "Pla d'Acció sobre l'accés dels consumidors a la Justícia i la solució de litigis en matèria de consum en el mercat interior" (COM (9.690.013) - C4-0195/96), de 14 de novembre de 1996, publicat en el Diari Oficial de les Comunitats Europees de 2 de desembre de 1996, número C362 / 275.

⁵⁴ La Comunicació sobre la solució extrajudicial de conflictes en matèria de consum i la recomanació de la comissió als òrgans responsables de la solució extrajudicial dels litigis en matèria de consum de 30 de març de 1998 (COM 1998) 198 final.

⁵⁵ En concret amb el principi d'eficàcia de l'article 6 de la Directiva 93/13 / CEE i l'article 47 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea.

El TJUE declara que " *l'obligació que resulta de l'article 7, apartat 1, de la Directiva 93/13, de preveure modalitats processals que permetin garantir el respecte dels drets que dita Directiva confereix als Justiciables davant l'aplicació de clàusules abusives implica una exigència de tutela judicial efectiva, consagrada també en l'article 47 de la Carta de Drets Fonamentals. Aquesta tutela judicial efectiva s'ha d'estendre tant a la designació dels tribunals competents per conèixer de les demandes basades en el Dret de la Unió com a la definició de la regulació processal d'aquestes demandes* "(apt 59)⁵⁶.

També afirma que entre els mitjans adequats i eficaços " *que han de garantir als consumidors un dret a la tutela judicial efectiva ha de figurar la possibilitat de presentar un recurs o de formular oposició, i això amb uns requisits processals raonables, de manera que no hi hagi requisits (especialment de termini o relacionats amb els despeses) que menyscaben l'exercici dels drets garantits per la Directiva 93/13*" (apt. 63).

En el cas concret considera que el termini de dues setmanes per formular oposició és insuficient ja que ha de " *precisar si impugna el requeriment de pagament total o parcialment i, sota pena d'inadmissibilitat d'aquest escrit, indicar els motius i excepcions que formula, així com precisar fets i proposar prova*" (apt. 65). Aquests requisits processals juntament amb el termini tan breu consideren que " *impliquen el risc no menyspreable que el consumidor no formuli oposició o que aquesta sigui inadmissible* " (apt. 66).

En relació amb el cost de la posició el TJUE constata que el consumidor ha de pagar tres quartes parts de les taxes al formular oposició mentre que el professional paga una quarta part al presentar la demanda.

Per tot això considera que " *cal assenyalar que hi ha un risc no menyspreable que els consumidors afectats no formulin l'oposició requerida, ja sigui a causa del termini particularment breu previst per a això, ja sigui perquè els costos que*

⁵⁶ En la interlocutòria de 28 de novembre de 2018, al a presumpte C-632/17, cas Michalski, el TJUE resol una qüestió prejudicial està plantejada pel mateix òrgan jurisdiccional polonès que va interposar la resolta per la Sentència de 13 de setembre de 2018, assumpte C-176/17, cas Profi Credit Polska. El TJUE es remet a aquesta sentència ja que el dubte plantejat és la mateixa, però introdueix algun matís interessant. Així en el apt. 45, que reproduïx literalment l'apartat 59 de la sentència esmentada, afegeix que: " Així, per determinar si un procediment com el controvertit en el litigi principal vulnera el dret a la tutela judicial efectiva, l'òrgan jurisdiccional remitent haurà de resoldre si les modalitats de procediment d'oposició que estableix el dret nacional generen un risc no menyspreable que els consumidors afectats no formulin l'oposició requerida ". Aquesta afirmació la feia en l'apartat 61 de la sentència, però al meu entendre aclareix l'àmbit d'aplicació de el dret a la tutela judicial efectiva quan està afectat un consumidor.

implica l'acció judicial en relació amb la quantia del deute litigiosa puguin dissuadir-los de defensar-se, ja sigui perquè ignoren els seus drets o no perceben l'amplitud dels mateixos, o ja sigui a causa, finalment, al contingut limitat de la petició de judici monitori presentada pels professionals i, per tant, al caràcter incomplet de la informació de què disposen "(apt. 69).

El criteri del termini l'utilitza també el TJUE en la Sentència de 20 de setembre de 2018, assumpte C-448/17, cas Danko, interposada per un Tribunal eslovac. En aquest cas es planteja en un procés monitori que és admès a tràmit per personal no jurisdiccional i que el control judicial de l'abusivitat o no de les clàusules del contracte depèn que el consumidor formuli oposició. Al apt. 53 declara que com el termini de 15 dies per formular oposició motivada "cal constatar que hi ha un risc no menyspreable que el consumidor afectat no formuli l'oposició requerida i que, per això, no pugui realitzar-se el control d'ofici per un jutge de la inexistència de clàusules abusives en el contracte de què es tracti ".

Posteriorment es pronuncia novament sobre aquesta qüestió en la sentència de 3 d'abril de 2019, assumpte C-266/18, cas Skora. En aquesta sentència el TJUE respon a dues qüestions prejudicials plantejades per un Tribunal Polonès en el qual pregunta si pot analitzar el caràcter abusiu d'una clàusula que es remet a la llei nacional que permet que l'empresari opti per dos furs de competència territorial per demanar a l' consumidor. La segona, és que en cas afirmatiu qüestiona si l'elecció de l'fur per part de l'empresari implica un cost excessiu per al consumidor l'accés al procés judicial vulnera el seu dret a la tutela judicial efectiva.

Respecte de la primera qüestió prejudicial el TJUE recorda que les disposicions legals estan excloses de l'àmbit d'aplicació de la Directiva 93/13 / CEE ja que considera que " és legítim presumir que el legislador nacional ha disposat un equilibri entre el conjunt de drets i obligacions de les parts en determinats contractes, equilibri que la Unió ha volgut expressament reservar "(apt. 33).

No obstant això, quan analitza la remissió que realitza una clàusula contractual amb la normativa aplicable afirma que " l'esmentada clàusula no reflecteix, pròpiament parlant, una disposició nacional específica, ja que les disposicions nacionals a què es remet preveuen un conjunt de regles per determinar la competència judicial, i el professional triar la que li resulti més favorable "(apt. 35).

Finalment conclou que " *l'article 1, apartat 2, de la Directiva 93/13 s'ha d'interpretar en el sentit que no està exclosa de l'àmbit d'aplicació d'aquesta Directiva una clàusula contractual, com la controvertida en el litigi principal, que efectua una remissió general a el Dret nacional aplicable pel que fa a la determinació de la competència judicial per conèixer dels litigis que puguin sorgir entre les parts del contracte* " .

Una vegada que ha conclòs que pot analitzar l'abusivitat o no de la clàusula respon a la qüestió de si la determinació de la competència territorial pot afectar o no a el dret a la tutela judicial efectiva del consumidor. Per això estima determinant el cost que l'implica el consumidor demandat acudir a el procés judicial i la relació amb el dret a la tutela judicial efectiva⁵⁷. En aquest cas declara que "*l'article 7, apartat 1, de la Directiva 93/13 s'ha d'interpretar en el sentit que no s'oposa a unes normes processals, a les quals remet una clàusula de el contracte, que permeten el professional triar, en el cas d'una demanda en la qual s'al·lega l'incompliment d'un contracte per part del consumidor, entre l'òrgan judicial competent de el domicili del demandat i el de el lloc d'execució del contracte, llevat que l'elecció de el lloc de compliment del contracte suposi per el consumidor condicions processals que puguin restringir excessivament el dret a la tutela judicial efectiva que li confereix l'ordenament jurídic de la Unió, extrem que incumbeix comprovar al tribunal nacional*"(apt. 56).

També indica el TJUE que entre els mitjans adequats i eficaços que han de garantir als consumidors la tutela judicial efectiva " *ha de figurar la possibilitat de participar en un procés basat en una demanda presentada contra ell per un professional, en condicions processals raonables, de manera que no hi hagi requisits (especialment de termini o relacionats amb les despeses o la distància) que menys caben l'exercici dels drets garantits per la Directiva 93/13*"(apt. 53).

Considero que aquesta sentència és important perquè indica els criteris que ha de tenir en compte el tribunal nacional per resoldre si la clàusula afecta o no el dret a la tutela judicial efectiva del consumidor, en la modalitat d'accés a la jurisdicció. Aquests són:

- el cost que l'implica acudir a lloc seleccionat pel professional per interposar la demanda,

⁵⁷ El cost com a criteri per estimar que s'ha denegat el dret d'accés als tribunals també ho ha declarat el TEDH en la Sentència Airey contra Irlanda, de 9 d'octubre de 1979. Veure Arangüena Fanego, a "Primera aproximació ..." , cit., pàg. 270.

- el termini per oposar-se a la demanda
- i que tot això no restringeixi excessivament el dret a la tutela judicial efectiva.

2.3. L'ACCÉS A LA JUSTÍCIA I LA BRETXA DIGITAL.

Quan s'analitzen les noves tecnologies al procés de resolució de conflictes, una de les preocupacions que sorgeixen és l'accés a aquest. En la teoria dels conceptes fonamentals del procés judicial l'acció és un d'ells. Al meu entendre l'acció és la condició prèvia a l'exercici de la jurisdicció. Sense acció no pot existir judici perquè no existirien els fets sobre els quals ha de recaure. Conseqüentment la relació entre el ciutadà i els òrgans jurisdiccionals, estatals o privats, no és una relació de subordinació sinó de mútua dependència: l'individu necessita el judici per saber quina regla de conducta ha de seguir en el futur; i els òrgans jurisdiccionals necessiten de l'acció perquè puguin emetre un judici. Sense acció no existiria judici jurisdiccional, sinó que com a màxim seria una paròdia totalment ineficaç.

En el procés judicial s'ha reconegut que el dret d'accés als tribunals forma part del contingut essencial de el dret a la tutela judicial efectiva. La qüestió és com es trasllada aquest concepte al procés, judicial o extrajudicial, que es desenvolupa utilitzant les noves tecnologies.

En l'actualitat un ampli sector de la població utilitza de forma habitual les noves tecnologies, però un altre no té accés a les mateixes per desconèixer el com s'utilitzen. És el que el Comitè Europeu de Cooperació Jurídica s'anomena la fractura digital⁵⁸. Tal com indica aquest Comitè *“els sistemes de regulació en línia dels litigis han de desenvolupar-se de manera que tracti correctament el problema de la fractura digital”*.

En el mateix sentit s'ha pronunciat el Tribunal de Justícia de la Unió Europea en la Sentència de 19 de març de 2010, qüestió C-317/08, 318/08, 319/08 i 320/08, assumpte Alassini, declara al apartat 58 que l'obligació d'acudir a un ADR previ a l'inici del procés judicial ha de permetre l'exercici dels drets conferits, *“ fins i tot per a aquells Justificables que no disposin d'accés a internet, de manera*

⁵⁸ *Estudi tècnic sobre la regulació dels litigis en línia, cit., Pp. 64 i ss.*

que s'exigeix que es pugui acudir a la conciliació per un altre mitjà que no sigui l'electrònic".

3. EL PROCÉS JUDICIAL.

El risc de la ciberjustícia és que els principis essencials del procés no siguin respectats en la resolució de les controvèrsies judicials. Això ha provocat que, des del CEPEJ, el Consell Consultiu de Jutges Europeus i la Comissió Europea s'hagi advertit que l'aplicació de les noves tecnologies al procés judicial ha de respectar les garanties essencials del procés, que s'identifiquen amb els drets que el Tribunal Europeu de Drets Humans ha considerat que són el nucli essencial de l'article 6 del Conveni Europeu de Drets Humans. Però he d'afegir que en l'àmbit de la Unió Europea haurà de respectar l'article 47 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea i a Espanya l'article 24 de la Constitució espanyola i la interpretació que ha fet el Tribunal Constitucional.

Les noves tecnologies es poden aplicar fonamentalment a la tramitació del procés judicial⁵⁹, però també hi ha sectors que afirmen que es pot aplicar a la resolució dels conflictes. A continuació, analitzaré com pot influir en la tramitació del procés judicial i si les aplicacions informàtiques poden aportar la solució al conflicte plantejat.

3.1. LA DISTRIBUCIÓ DE FUNCIONS ENTRE L'ÒRGAN JURISDICCIONAL I LLETRAT DE L'ADMINISTRACIÓ DE JUSTÍCIA.

La llei 13/2009, de 3 de novembre, de reforma de la legislació processal per a la implantació de la nova oficina judicial adapta les lleis d'enjudiciament a l'oficina judicial resultant de la modificació dels articles 435 i ss. LOPJ a través de la Llei Orgànica 19/2003, de 23 de desembre. En la nova regulació es distingeixen dos tipus d'oficina judicial:

- Les unitats processals de suport directe (art. 437 LOPJ).
- Els serveis comuns processals (art. 438 LOPJ).

⁵⁹ Tal com afirma NIEVA FENOLL "una aplicació d'intel·ligència artificial podria ser increïblement més ràpida que un jutge en la resolució de procediments previsibles" (NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., Pàg. 25).

A nivell ministerial es va desenvolupar a través de l'Ordre de Ministeri de Justícia 3244/2005, de 18 d'octubre, per la qual es determina la dotació bàsica de les unitats processals de suport directe als òrgans judicials⁶⁰.

La llei 13/2009, partint de el model d'oficina judicial indicat, distribueix les funcions entre el Tribunal i el Lletrat de l'Administració de Justícia⁶¹. Al respecte s'ha de fer un advertiment: quan la llei fa referència a el Lletrat de l'Administració de Justícia no està atribuït la competència a el Lletrat de l'Administració de Justícia de la Unitat Processal de Suport Directe, com sembla ser el lògic si partim de l'esquema anterior de l'oficina judicial, sinó a una de les oficines judicials dissenyades per la llei o pel seu desenvolupament reglamentari.

Les oficines judicials que resultaran de l'esquema dissenyat pel legislador, Ministeri de Justícia, Comunitats Autònomes i Consell General de Poder Judicial són les següents:

- La unitat processal de suport directe.
- Els Serveis comuns processals que, segons la previsió, seran:
 - o Un servei comú general.
 - o Un servei comú d'ordenació del procediment.
 - o Un servei comú d'execució.

Cadascuna d'aquestes es pot subdividir en seccions per motius d'organització de treball. A més, les comunitats autònomes amb competències transferides podran crear altres servicis comuns processals, sent necessari l'informe favorable de el Consell General de Poder Judicial (art. 438.2.2 LOPJ).

Cada un d'aquests Serveis comuns serà dirigit per un Lletrat de l'Administració de Justícia. A l'igual que la Unitat Processal de Suport Directe, però a diferència

⁶⁰ Veure àmpliament *La nova oficina judicial*, CGPJ, Madrid 2006, que recopila les intervencions de el curs que sobre aquesta matèria es va impartir al CGPJ. Especialment sobre aquestes matèries s'han de consultar les ponències de CARRILLO FUILLERAT sobre "Consejo General del poder Judicial" i MARTINEZ ESPINOSA sobre "Otros Servicios Comunes".

⁶¹ Sobre els antecedents de la llei 13/2009 veure àmpliament BANACLOCHE PALAO, a "El proyecto de nueva oficina judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?", a Diari La Llei, 3 de d'agost de 2009.

de l'anterior en l'ordre civil es preveu que un secretari sigui l'organitzador de dues d'elles (Ordre IUS 3244/2005)⁶².

Per tant, quan la Llei atribueixi competència a el Lletrat de l'Administració de Justícia no ho realitza a una única persona, sinó a quatre oficines judicials a les quals caldria sumar aquelles de futura creació per les comunitats autònomes que tinguessin competència en matèria de justícia.

De manera transitòria, mentre no s'aprovin els reglaments d'implantació de l'Oficina Judicial pel Ministeri de Justícia o per les comunitats autònomes amb competències delegades, aquestes funcions les assumiran els secretaris judicials adscrits a cada un dels tribunals.

El principal objectiu de la reforma comentada és realitzar una atribució de funcions no jurisdiccionals que estan atribuïdes actualment a titular de l'òrgan jurisdiccional. D'aquesta manera pretenen facilitar la tasca jurisdiccional dels tribunals restringint la seva activitat a la mateixa⁶³. La dificultat de la finalitat indicada és que s'ha de canviar el funcionament de l'Oficina Judicial en un marc normatiu aprovat amb l'esquema anterior, el que provocarà disfuncions de caràcter pràctic amb vista a l'atribució de competències ja que hi ha funcions que en el projecte atribueix a el Lletrat de l'Administració de Justícia i que són netament jurisdiccionals

En primer lloc, s'ha de posar en relleu la dificultat de delimitar els actes jurisdiccionals d'aquells necessaris per al desenvolupament del procés però que no tenen aquest caràcter. En relació amb els primers s'ha d'establir al seu torn una altra matisació:

- Hi ha actes jurisdiccionals purs, que es manifestarien en la sentència o en la resolució de fons.

⁶² Veure àmpliament BLASCO SOTO ("el diseño básico de la nueva Oficina Judicial: visión crítica del proyecto", a Diario La Ley , nombre 7208, 1 de juliol de 2009) i PERDIGUERO BAUTISTA, a "las reformas procesales para la implantación de la nueva oficina judicial en el proceso declarativo", a Diari la Ley , nombre 7237, 9 de setembre del 2009.

⁶³ En l'Apartat III de l'Exposició de motius s'afirma que "la idea inspiradora de la reforma ha estat la de concretar les competències processals de el cos de secretaris judicials, configurat com un cos jurídic superior, de manera que llevat dels supòsits en que una presa de decisió processal pugui afectar la funció estrictament jurisdiccional, s'ha optat per atribuir la competència del tràmit de què es tracti al Lletrat de l'Administració de Justícia. D'aquesta manera, es garanteix que el jutge o tribunal pugui concentrar els seus esforços en la tasca que li atribueixen la Constitució i les lleis com a funció pròpia i exclusiva: jutjar i fer executar el jutjat ".

- I actes jurisdiccionals per accessió, que són aquells que sense resoldre la qüestió de fons són necessaris perquè el judici jurisdiccional es formi correctament.

Aquesta és la distinció que hagués hagut de tenir-se en compte en el moment de redistribuir les funcions als secretaris judicials i al meu entendre el legislador s'ha excedit a l'atorgar funcions a l'Oficina Judicial en l'inici, finalització del procés (admissió de la demanda i finalització del procés en forma diferent a sentència) i la desnaturalització del procés d'execució a l'atribuir la competència a el Lletrat de l'Administració de Justícia i limitar la intervenció del tribunal a l'ordre del seu inici i a la resolució de les oposicions i els recursos de revisió contra els decrets de els secretaris. Aquesta circumstància ha estat motivada perquè el legislador ha atorgat als secretaris judicials l'admissibilitat d'aquells actes processals als quals la llei atribuïa uns efectes immediats⁶⁴, sense valorar els efectes d'aquests en el procés⁶⁵.

Aparentment la finalitat de el legislador és que es creïn uns protocols d'actuació en les oficines judicials de manera que s'arribi a una interpretació uniforme de la LEC en les matèries atribuïdes a l'oficina judicial, i tot això emparat en els principis d'unitat d'actuació i de dependència jeràrquica (art. 452 LOPJ). No obstant això, no es té en compte que la mateixa no es va a aconseguir perquè el legislador regula la possibilitat de revisar el Decret del Lletrat de l'Administració de Justícia a través d'un recurs de revisió directe davant del Tribunal o la possibilitat de plantejar-lo en la primera audiència o per escrit si no fos possible per l'estat de les actuacions (art. 454 bis LEC). I recordem que aquesta revisió es realitza pels tribunals que no estan sotmesos a el principi de dependència jeràrquica ni d'unitat d'actuació en la seva funció jurisdiccional⁶⁶.

⁶⁴ Sobre el concepte d'acte processal i la seva admissibilitat veure PEREZ GORDO, *en Los actos defectuosos y su subsanación en el proceso constitucional*, Barcelona, 1989, pp. 18 y ss.

⁶⁵ De forma crítica amb la reforma legislativa veure la Declaració d'un Grup de catedràtics i professors de Dret Processal publicat en *Economist & Jurist*, març 2009, nombre 128, pp. 42 i ss. En la mateixa línia s'ha pronunciat BANACLOCHE PALAO (loc. Cit.), CACHÓN CADENAS (en "Inconstitucionalitat d'una part del contingut de la llei 13/2009", *Mon Juridic*, febrero 2010, pp. 22 y ss), DE LA OLIVA SANTOS (en "El acabose de nuestra Justicia", en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 3, pp. 16 y ss), FAIREN GUILLEN ("Examen provisional del proyecto de reforma procesal –en situación de enmiendas en el Congreso de los Diputados–", en *Revista de Derecho Privado*, setembre-octubre 2009, pp. 3 y ss.), FERNANDEZ DE BUJAN (en "El necesario debate sobre el nuevo modelo de oficina judicial", en *Diario La Ley*, número 7191, 8 de juny de 2009), SERRA DOMÍNGUEZ (en "Notas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Mon Juridic*, abril 2010, pp.19 y ss.).

⁶⁶ Les sentències de Tribunal Constitucional 51/2020, de 28 de gener, 34/2019, de 14 de març, 72/2018, de 21 de juny, i 58/2016, de 17 de març, han declarat la inconstitucionalitat de

3.2. LA INCIDÈNCIA DE LES TICS EN LA TRAMITACIÓ DEL PROCÉS JUDICIAL.

Una de les qüestions que planteja la TIC en el procés civil és la seva incidència en la tramitació electrònica dels processos judicials, tant declaratiu, executiu com en els incidents que es plantegen.

El procés té caràcter instrumental, però no del dret aplicable sinó del judici jurisdiccional. Dit d'una altra manera, és el mètode d'elaboració del judici⁶⁷. Aquest es va a desenvolupar a través d'una sèrie de regles que constitueixen el procediment, que determinaran l'avanç del procés per aconseguir la seva finalitat.

És a dir, el judici jurisdiccional només es pot formar a través del procés jurisdiccional. I aquest consisteix en els diferents tràmits previstos pel legislador respectant els principis essencials de la mateixa, que en l'actualitat s'integren en el concepte de el dret a la tutela judicial efectiva o dret al just procés, que es troben garantits pels articles 24 de la Constitució Espanyola⁶⁸, 47 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea i 6 del Conveni Europeu de Drets Humans⁶⁹.

El procediment és el conjunt d'actes que conformen el procés jurisdiccional. Aquest s'integra per dos tipus: uns de caràcter administratiu o funcional que tendeix a permetre que el procés avanci i altres jurisdiccional en què l'òrgan jurisdiccional pren decisions que afecten els drets de les parts.

Així, per exemple, la convocatòria de l'audiència prèvia del judici ordinari quan s'ha contestat a la demanda es recorda de forma immediata en el primer dia hàbil que el Jutjat tingui disponible a la seva agenda una vegada que s'ha presentat la

les normes que no permetien que la decisió de l' Lletat de l'Administració de Justícia fos revisada pel jutge o tribunal.

⁶⁷ Sobre la naturalesa del procés ver per tots NIEVA FENOLL (en *Derecho Procesal I, Introducción*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 53 y ss.), RAMOS MÉNDEZ (en *Enjuiciamiento Civil*, tomo I. Edit. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 21 y ss.).

⁶⁸ Sobre l'article 24 de la Constitució Espanyola veure àmpliament VALLESPÍN PÉREZ, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2002.

⁶⁹ Veure àmpliament la Guia de l'article 6 del Conveni Europeu de Drets Humans, Dret a un procés equitatiu (part civil), publicat pel Consell d'Europa / Tribunal Europeu de Drets Humans en l'any 2013.

contestació a la demanda i s'ha admès pel Tribunal. No obstant això, l'admissió de la prova proposada per les parts o el trasllat al demandant de l'excepció de reconvenió a la part demandant perquè realitzi alegacions afecta el dret d'audiència que integra el just procés o el dret a la tutela judicial efectiva. Per això ni pot tenir el mateix tractament processal ni la mateixa forma de resolució.

La decisió sobre el dia en què es va a convocar l'audiència prèvia té un caràcter automàtic i tan sols depèn de la disponibilitat de Tribunal i de les parts. La primera és controlable per l'òrgan judicial ja que n'hi ha prou amb comprovar la seva agenda. No obstant això, la segona no i per això es permet que aquestes puguin sol·licitar la suspensió d'aquesta quan es doni alguna de les causes legalment previstes.

En una situació ideal en què els òrgans jurisdiccionals estiguessin integrats en una única plataforma seria possible determinar quan els advocats de les parts tenen una altra actuació judicial programada, que és una de les causes de suspensió. Concorrent aquestes circumstàncies seria possible que es fixés la celebració de l'audiència prèvia a una data en la qual tinguessin disponibilitat jutjat convocant i les parts.

Estem molt lluny d'aquesta realitat ja que encara estem discutint sobre la compatibilitat dels sistemes informàtics de gestió processal de les diferents administracions competents per a això (Estat i comunitats autònomes amb competència delegada en matèria d'administració de justícia), però sí que és possible que el jutjat determini la data que té disponible per convocar l'audiència prèvia. No existiria cap problema processal perquè el programa informàtic determinés la data i realitzés la proposta a Lletrat de l'Administració de Justícia perquè la validés. Lamentablement una cosa tan senzilla encara no s'ha realitzat.

Anant més enllà d'aquests actes merament procedimentals, però que són necessaris per al desenvolupament del procés, podríem aplicar-lo a aquells casos en què la llei determina alguna conseqüència imperativa de caràcter processal, fins i tot que afecti el fons de l'assumpte.

D'una banda, penso en les resolucions judicials, al marge de la competència del jutge o de Lletrat de l'Administració de Justícia, que s'han de dictar atenent dades merament objectius que figuren en l'expedient judicial i que no necessiten de valoració judicial. Aquest seria el cas de la declaració de la caducitat de la instància (art. 237 LEC) o l'arxiu de el recurs devolutiu perquè la part recurrent

no ha comparegut davant del tribunal en el termini legalment previst pel legislador (arts. 463 i 482 LEC per al recurs d'apel·lació i de cassació respectivament). No trobo cap raó processal per a no permetre que es generés automàticament la resolució judicial i, prèvia valoració de l'òrgan competent⁷⁰, es notifiqués a les parts.

D'altra banda, també incloc les resolucions judicials que posen fi a el procés per raons de fons i que es dicten de forma pràcticament automàtica pel transcurs del termini processal legalment previst sense que alguna de les parts realitzi alguna actuació. Em refereixo a el procés monitori, el judici canviari o els processos que segueixen la tècnica monitòria com el procés de desnonament per falta de pagament de la renda arrendatícia o de lliurament de la possessió en cas d'ocupació il·legal de el bé immoble.

En aquests supòsits la llei atribueix una conseqüència de la falta de personació i oposició per part del demandat, que és la finalitat del procés estimació íntegra de la demanda i imposant les costes processals. En aquests casos tampoc existiria cap inconvenient perquè el sistema informàtic de gestió processal advertís i generés una proposta de resolució que hauria de ser validada per l'òrgan judicial.

En tots aquests casos hem d'advertir que considero imprescindible la validació pel Lletretrat de l'Administració de Justícia o de el jutge, en funció de la distribució de competències que realitza la LEC. En tot cas serà imprescindible permetre que la decisió sigui finalment revisada pel jutge com a titular de la funció jurisdiccional.

En aquesta matèria queda molt per fer. Actualment tenim una oficina judicial anacrònica. A través de la llei 13/2009 es va intentar adaptar a les noves necessitats atenent a criteris d'eficiència. Lamentablement els serveis comuns que s'anunciaven en les matèries que era competència dels Lletrats de l'Administració de Justícia encara no s'han implantat de forma generalitzada en

⁷⁰ En la meua opinió és essencial el control de l'òrgan competent per dictar la resolució, tant si és el Lletretrat de l'Administració de Justícia com el jutge o magistrat. Així per exemple la caducitat de la instància es regula en els articles 236 i ss. LEC i implica que es té per abandonat el procés quan aquest romangui suspès durant el termini de dos anys durant la primera instància i d'un si estigués pendent un recurs devolutiu. Aparentment aquesta decisió té caràcter objectiu, però l'article 238 LEC preveu que no es produirà quan concorri força major o la suspensió no sigui imputable a la voluntat de les parts o interessats. Aquesta excepció obliga que l'òrgan competent per adoptar la decisió hagi de apreciar si concorren o no aquestes circumstàncies. És a dir, fins i tot en aquest supòsit en què sembla que la decisió és automàtica, serà imprescindible la intervenció humana.

els diferents partits judicials. També queda per realitzar la reforma de la planta judicial i atendre d'aquesta manera a les necessitats actuals en què hi ha una realitat social molt diferent de el moment històric en què es va dissenyar la que actualment tenim.

A l'efecte de tramitació electrònica és sorprenent l'escassetat de mitjans amb què s'ha pretès implantar la tramitació electrònica, la qual cosa porta a situacions tan absurdes com que el Jutjat ha de requerir l'aportació de les còpies dels escrits a les parts o imprimir els documents essencials del plet. La situació és tan surrealista que en molts partits judicials el jutge no pot accedir des de la Sala de Vistes a l'expedient judicial electrònic perquè no té un punt d'accés. El que provoca continus recessos perquè el pugui consultar des del seu despatx.

Finalment, una reflexió sobre el sistema lexnet que ha implantat l'expedient judicial electrònic. És cert que ha constituït un avanç, però queda molt per fer. A el marge de problemes d'infraestructures com l'escassetat de sistemes informàtics en l'Administració de Justícia, sorprèn la incompatibilitat dels diferents sistemes existents a l'Estat Espanyol que impossibiliten que els jutjats es puguin comunicar electrònicament entre ells. També seria desitjable actualitzar els sistemes per a permetre que els documents que es poden acompanyar tinguin un límit de mida que possibiliti acompanyar el major nombre d'ells i no només aquells que tinguin un format escrit.

3.3. L'APLICACIÓ DELS PRINCIPIS DEL PROCÉS A L'CIBERJUSTÍCIA. EL RESPECTE DE LES GARANTIES PROCESSALS.

El risc que es corre amb la ciberjustícia és que aquests principis essencials no siguin respectats en la resolució de les controvèrsies judicials. Això ha provocat que des del CEPEJ, el Consell Consultiu de Jutges Europeus i la Comissió Europea s'hagi advertit que l'aplicació de les noves tecnologies al procés judicial ha de respectar les garanties essencials del procés, que s'identifiquen amb els drets que el Tribunal Europeu de Drets Humans ha considerat que són el nucli essencial de l'article 6 del Conveni Europeu de Drets Humans. Però he d'afegir que en l'àmbit de la Unió Europea haurà de respectar l'article 47 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea i a Espanya

l'article 24 de la Constitució espanyola i la interpretació que ha fet el Tribunal Constitucional.

L'aplicació d'aquestes garanties exigeix que la resolució del conflicte a través de la ciberjustícia, aplicada bé a la tramitació procedimental o bé a l'auxili de la decisió judicial, ha de respectar aquests principis essencials.

El procés és el punt de trobada de l'acció i de la jurisdicció. Tot ell es dirigeix al fet que l'òrgan jurisdiccional es formi un judici. El procés és necessari per formar el judici jurisdiccional. Per això cal que respongui a una sèrie d'orientacions per a garantir l'encert de la decisió, de manera que s'aconsegueix recolzar l'autoritat de les persones que exerceixen la funció jurisdiccional. A aquestes se'ls denominen principis de el procés. No obstant això, no es pot afirmar que afectin l'eficàcia del procés ja que la resolució que s'adopti està recolzada per la *potestas* de l'Estat.

Entre els principis del procés cal distingir dues classes: els que informen directament l'estructura del procés i que constitueixen una garantia d'encert de la decisió jurisdiccional; i altres que són conseqüència de l'objecte del procés. Els primers tenen un caràcter eminentment tècnic. No obstant això, els segons deriven del caràcter instrumental del judici jurisdiccional, el que obliga a que el procés s'acobli a l'objecte d'aquest. En concret responen a la necessitat del procés l'actuació de les parts en el mateix.

Els primers són essencials perquè el procés sigui un instrument eficaç per aconseguir el judici. En cas contrari les parts no acudirien al, sinó a altres com l'autotutela. Circumstància que implicaria un retrocés en l'evolució de la societat.

Els principis essencials del procés judicial són el principi de dualitat de posicions, d'audiència i d'igualtat. En l'àmbit del procés civil tradicionalment ens trobem davant de processos de caràcter dispositiu, que són els que es regulen en el llibre II de la LEC. No obstant això, també hi ha processos en què s'apliquen matèries regulades per normes de caràcter imperatiu o en què concorren un interès públic que justifica una modificació dels principis rectors del procés judicial. Els principis concurrents són el de conveniència contraposat al de necessitat, el d'oportunitat al de legalitat i el dispositiu al d'immutabilitat.

Partint d'aquests principis rectors el procediment es pot elaborar al voltant de dos sistemes: l'oralitat i l'escriptura. Cadascun d'ells té unes conseqüències com

és en el primer cas la immediatesa, la concentració i la publicitat; mentre que el segon implica la mediació, la dispersió i el secret.

Amb caràcter previ analitzaré com poden resultar afectats la independència i la imparcialitat judicial.

3.3.1. L'INDEPENDÈNCIA I LA IMPARCIALITAT JUDICIAL.

En primer lloc, cal protegir la imparcialitat judicial. La qüestió es planteja és que si s'imposa un programa informàtic que suggereixi la solució del conflicte, quina seria la posició del jutge que s'apartés de la mateixa. A nivell teòric es pot defensar que l'aplicació es limita a proposar la resolució i que el jutge es pot apartar de la mateixa. El problema és que es si s'aparta de justificar i motivar les raons de la seva decisió d'una manera desproporcionada a si accepta la solució proposada. Aquesta diferència pot afectar una eventual reclamació de responsabilitat⁷¹.

A més, cal tenir en compte que tant l'article 6 del Conveni Europeu de Drets Humans com l'article 24 de la Constitució Espanyola proclamen com un dels principis essencials del procés judicial la independència i la imparcialitat judicial. La qüestió que plantejo és si la solució proposada per la aplicació informàtica es pot assimilar a una ordre o instrucció realitzada per un tercer, en aquest cas el creador o controlador de l'aplicació informàtica, a Tribunal. El que, a més, té el risc que es declari la seva responsabilitat si s'aparta del criteri d'aquesta. Plantejat en aquests termes és indubtable que influeix a la imparcialitat subjectiva de el jutge la implantació d'aquest tipus de programes informàtics per solucionar conflictes.

Un altre dels principis essencials de la jurisdicció es la independència del poder judicial, tant respecte de la resta de poders de l'Estat com internament en el poder judicial. Crec que la implantació d'aquestes aplicacions informàtiques genera un problema de qui les controla. Es pot afirmar que ha de ser el poder judicial, però en un sistema jurídic en el qual no regeix el sistema dels precedents del dret anglosaxó no es pot defensar aquest criteri. D'altra banda, atribuir-li

⁷¹ Tal com afirmava CALAMANDREI "la independència dels jutges ... és un dur privilegi que s'imposa a qui el gaudeixi el valor de respondre dels seus actes sense amagar-se darrere la còmoda pantalla de l'ordre del superior"(en *Elogio de los Jueces escrito por un abogado*, ed. Góngora, 1936, pg. 127).

aquesta funció seria anar més enllà de les seves funcions a convertir-li de facto en legislador.

Si defensem que l'ha de controlar un altre dels poders de l'Estat implicaria subordinar al poder judicial a qui tingués el control de l'aplicació informàtica que aportés la solució jurídica. És a dir, suposaria tornar a la concepció original de la separació de poders que es reflectia en la noció que tenia MONTESQUIEU de la funció jurisdiccional, per a qui havia de limitar-se a ser la boca de la llei i la seva activitat havia de reduir-se a la simple subsumció de fet a la norma⁷². És en aquest context en què es desenvolupa la teoria del sil·logisme judicial i que coincideix amb l'auge del positivisme.

L'última de les opcions seria que fos controlat per un tercer no integrat en cap dels poders de l'Estat. La realitat és que ens trobarem davant d'una aplicació informàtica protegida pels drets de propietat industrial. Aquesta manca de control pels poders estatals implicarà delegar a les empreses privades el desenvolupament de el programa i la determinació dels algoritmes, amb els seus biaixos i caràcters. El risc que es corre és evident ja que suposarà privatitzar la funció legislativa i judicial. La solució no és crear mecanismes de control dels programes informàtics i la seva aplicació, sinó que aquests siguin dissenyats pel poder públic que tingui competència sobre l'activitat desenvolupada.

Una altra manera d'afectar la independència judicial seria a través de l'aplicació d'aquestes aplicacions informàtiques a al càlcul de el risc perquè les empreses asseguradores asseguruen als jutges i magistrats. Actualment és una realitat que pràcticament la totalitat dels jutges i magistrats contracten una assegurança de responsabilitat per la seva activitat professional. Si les empreses asseguradores apliquessin aquests programes per a determinar el nivell de risc d'un jutge o magistrat concret atenent a si s'aparta o no de la solució automatitzada, aquest podria ajustar les seves resolucions a aquest criteri. La qual cosa implicaria un risc per a la independència judicial, que ha de ser evitat.

3.3.2. EL PRINCIPI DE DUALITAT DE POSICIONS.

El principi essencial del procés és el de contradicció, la qual cosa implica que ha d'haver dos o més parts amb posicions contraposades entre si. La seva

⁷² Veure PEDRAZ PENALVA, *la Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu*, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1976, p. 919.

importància es manifesta en el fet que el legislador ha creat el Ministeri Fiscal per garantir la dualitat de posicions en el procés penal⁷³, i, en general, en tots els processos informats pel principi inquisitiu. Tradicionalment s'afirmava que existien dos tipus de procés: el procés inquisitiu i el procés acusatori. Però MONTERO AROCA afirma que "l'anomenat procés inquisitiu no va ser i, òbviament, no és un veritable procés", mentre que "l'anomenat procés acusatori sí que és un veritable procés, ja que en ell hi ha realment un jutge imparcial i dues parts enfrontades entre si". Finalitza concluint que "els anomenats sistemes processals penals són conceptes del passat, que avui no tenen ni tan sols valor pedagògic ... i cal proclamar com a conquesta de la civilització la garantia jurisdiccional entesa correctament, és a dir, assumpció de el monopoli de l' *ius puniendi* per els tribunals i exclusivitat processal del seu exercici "⁷⁴.

En el procés hi ha d'haver tres posicions: les contradictòries de les parts i la de l'òrgan jurisdiccional⁷⁵. D'aquestes el jutge ha de ser independent i imparcial. La qual cosa implica que el coneixement que tingui del litigi li sigui proporcionat per aquells que han participat en ells, és a dir, les parts. És un principi inherent a la noció de jurisdicció.

Però no n'hi ha prou que hi hagi tres posicions en el procés perquè puguem afirmar que ens trobem davant d'un procés jurisdiccional. Cal que una d'elles sigui imparcial i les altres dues siguin contradictòries. Aquest ha estat qualificat com "la força motriu, la seva garantia suprema". I això és així perquè "el procés no és un monòleg sinó un diàleg, una conversa, un canvi de proposicions, de respostes i de rèpliques, un encreuament d'accions i de reaccions, d'estímuls i de contraestímuls, d'atacs i de contraatacs"⁷⁶.

És a dir, la justificació d'aquest principi és poder incloure a les parts en el mètode dialèctic que és el procés. A través d'ell s'aconsegueix la síntesi que ha de realitzar l'òrgan jurisdiccional perquè pugui tenir un coneixement més precís dels fets, i a partir d'ells elaborar el seu judici.

⁷³ MUÑOZ ROJAS, "Notas sobre la jurisdicción y la acción en el proceso penal", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, nº 1, pp. 178 y ss.

⁷⁴ MONTERO AROCA, "La garantía procesal Penal y el Principio Acusatorio", al *Diario La Ley*, 21 de enero de 1994, p. 2.

⁷⁵ VÁZQUEZ SOTELO, "Los principios del proceso civil", *Justicia*, 1993-IV, pg. 606

⁷⁶ CALAMANDREI, op. cit., p. 150.

3.3.3. EL PRINCIPI D'AUDIÈNCIA.

La contradicció implica que en el procés totes les parts tinguin oportunitat de ser escoltades. És a dir, que puguin intervenir en el procés realitzant les al·legacions que més convinguin als seus interessos. Aquest és un requisit perquè el procés sigui un instrument eficaç perquè "no seria lògic ni de bon tros just resoldre un conflicte bilateral amb audiència unilateral"⁷⁷. Les parts, a través de la seva intervenció, li facilitaran a l'òrgan jurisdiccional una versió interessada dels fets. Precisament per això cal que les dues tinguin oportunitat per realitzar-lo. Així el jutge tindrà un coneixement total dels fets presents en el procés, ja que sabrà quins són els interessos en joc per les al·legacions que formulin les parts per defensar-los. Aquest es manifesta de forma plena en tots els processos, constituint un dels seus principis essencials⁷⁸.

La regulació de la ciberjustícia ha d'incloure l'obligació que les parts tinguin accés als criteris de decisió del litigi i la possibilitat de ser escoltades i formular al·legacions sobre l'aplicació d'aquests a el cas concret. Aquest és un principi essencial irrenunciable i així ha estat reconegut tant pel TEDH com pel TC.

No obstant això, les aplicacions informàtiques i l'opacitat dels biaixos que s'han utilitzat per dissenyar els algorismes afectaran el principi d'audiència. Les parts han de tenir la possibilitat de rebatre els criteris utilitzats per les aplicacions informàtiques per a suggerir la solució de el cas concret, i això només es podrà garantir si es fan públics. Per això, tal com hem indicat anteriorment, és imprescindible que el mateix sigui dissenyat per el poder legislatiu i aplicat per el poder judicial.

Actualment el dret d'audiència es garanteix permetent que les parts facin al·legacions sobre els fets objecte del procés judicial, el com s'han acreditat a través dels mitjans de prova, el dret aplicable i la jurisprudència que l'ha interpretat. Tots aquests elements tenen caràcter públic i accessible. I així ha de ser per dissenyar el procés judicial tal com avui dia el concebem. Per això és

⁷⁷ MORÓN PALOMINO, *Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, pg. 72. Recordem que MORÓN PALOMINO part d'una concepció subjectiva de la jurisdicció, però tot i que no ho compartim aquesta afirmació aclareix el fonament mateix de l'audiència. De manera similar ALMAGRO NOSETE considera aquest principi, juntament amb el de contradicció i de dualitat de parts, com "els fonaments del procés, com a mètode dialèctic que s'estructura sobre un necessari estereotip de dues parts enfrontades amb interessos contraposats ..." (*Instituciones de Derecho Procesal Civil* , tomo 1r -amb TOMÉ PAULE-, ed. Trivium, Madrid, 1993, p. 172).

⁷⁸ Veure infra el desenvolupament d'aquest principi en els diferents ordres jurisdiccionals.

essencial que el desenvolupament del procés judicial adaptat a les noves tecnologies permeti l'accés a aquests elements de decisió.

3.3.4. EL PRINCIPI D'IGUALTAT.

Les parts han de tenir les mateixes possibilitats de ser escoltades. En cas contrari es permetria que el jutge tingués un coneixement parcial de la realitat, quan interessa que sigui el més complet possible perquè la seva opinió la alterarà de manera irrevocable. Les parts han de tenir en el procés les mateixes oportunitats processals. Que després siguin utilitzades dependrà de l'estratègia d'actuació que segueixin en el procés concret, però la regulació del procés els ha de permetre intervenir de forma idèntica. Aquest principi implica el previ de l'audiència, fins a l'extrem que la seva violació implica també la de el principi d'igualtat⁷⁹.

Una altra variant del principi d'igualtat és que totes les parts personades en un procés han de tenir coneixement ple del seu contingut. Només d'aquesta manera podrà actuar al mateix d'acord als seus interessos. En cas contrari es produiria una desigualtat entre les parts que infringiria el procés amb totes les garanties previst per l'art. 24 CE.

El TC ha considerat que el principi d'igualtat en el procés deriva de el dret al procés amb totes les garanties de l'art. 24 CE i no de l'art. 14 CE que consagra el dret a la igualtat de tots els ciutadans⁸⁰. D'aquesta manera reconeix que la vulneració d'aquest principi processal tindrà una transcendència en el procés, i és que la part a la qual s'hagi privat injustificadament d'una oportunitat processal haurà vist vulnerat el seu dret a un procés amb totes les garanties. La discussió sobre el precepte en què hagi de ser inclòs és una qüestió merament teòrica sense cap transcendència pràctica, ja que des de les dues posicions s'arriba a la conclusió que "no hi haurà veritable vulneració del principi d'igualtat que no incideixi en el dret de defensa"⁸¹.

El principi d'igualtat també pot ser pres en consideració pel legislador per "promoure les condicions perquè la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en què s'integra siguin reals i efectives" (art. 9.2 CE). Tradicionalment s'afirmava

⁷⁹ OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, T. I (amb FERNÁNDEZ), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 112.

⁸⁰ BERZOSA FRANCO, op. cit., pg. 569-570.

⁸¹ BERZOSA FRANCO arriba a aquesta conclusió incloent aquest principi en l'art. 14 CE, mentre que el TC el realitza des de la perspectiva de l'art. 24 CE (BERZOSA FRANCO, op. Cit., p. 571).

que els instruments que utilitzi el legislador per aconseguir la igualtat real de les parts en el procés no han de concedir privilegis processals a la part més feble perquè s'infringiria el principi d'igualtat processal, ni augmentar els poders d'ofici de jutge perquè aniria en contra de la imparcialitat que ha de mantenir. El recomanable és optimitzar el funcionament d'institucions com el benefici de justícia gratuïta⁸², derogar els obstacles i limitacions legals a el dret d'acció que no siguin racionals i simplificar els tipus processals⁸³.

Actualment aquesta posició està superada per la doctrina del TJUE. Aquest Tribunal ha dit en nombroses sentències que el jutge deu adoptar una posició activa en la defensa del consumidor per provocar la igualtat real amb el professional. Aquesta posició es aplicable quan es d'aplicació el dret de la Unió Europea que protegeix al consumidor enfront al professional, que es el àmbit en el qual se pronuncia el TJUE⁸⁴.

3.4. LA INCIDÈNCIA DE LES TICS EN LA TRAMITACIÓ DEL PROCÉS JUDICIAL. EL PROCÉS DECLARATIU.

Una de les qüestions que planteja la TIC en el procés civil és la seva incidència en la tramitació electrònica dels processos judicials, tant declaratiu, executiu com en els incidents que es plantegin.

El procés té caràcter instrumental, però no del dret aplicable sinó del judici jurisdiccional. Dit d'una altra forma, és el mètode d'elaboració del judici jurisdiccional. Aquest es desenvoluparà a través d'una sèrie de regles que constitueixen el procediment, que determinaran l'avanç del procés per aconseguir la seva finalitat.

És a dir, el judici jurisdiccional només es pot formar a través del procés jurisdiccional. I aquest consisteix en els diferents tràmits previstos pel legislador respectant els principis essencials d'aquest, que en l'actualitat s'integren en el concepte del dret a la tutela judicial efectiva o dret al just procés, que es troben

⁸² MONTERO AROCA (*Derecho Jurisdiccional*, cit., pg. 321; *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Tecnos, Madrid, 1976, pg. 249) y VÁZQUEZ SOTELO (op. cit., p. 610).

⁸³ MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, cit., p. 320

⁸⁴ Veure ampliament el meu estudi *El orden público comunitario y la protección del consumidor*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

garantits pels articles 24 de la Constitució Espanyola , article 47 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea i article 6 del Conveni Europeu de Drets Humans.

3.4.1. L'ADOPCIÓ DE DECISIONS NO JURISDICCIONALS AUTOMATITZADES.

El procediment és el conjunt d'actes que conformen el procés jurisdiccional. Aquest s'integra per dos tipus: uns de caràcter administratiu o funcional que tendeix a permetre que el procés avanci i altres jurisdiccional en el qual l'òrgan jurisdiccional pren decisions que afecten els drets de les parts.

Així, per exemple, la convocatòria de l'audiència prèvia del judici ordinari quan s'ha contestat a la demanda es recorda de manera immediata en el primer dia hàbil que el Jutjat tingui disponible en la seva agenda una vegada que s'ha presentat la contestació a la demanda i s'ha admès pel Tribunal. No obstant això, l'admissió de la prova proposada per les parts o el trasllat al demandant de l'excepció reconvenicional a la part demandant perquè realitzi al·legacions afecta al dret d'audiència que integra el just procés o el dret a la tutela judicial efectiva. Per això ni pot tenir el mateix tractament processal ni la mateixa forma de resolució.

La decisió sobre el dia en què es convocarà l'audiència prèvia té un caràcter automàtic i tan sols depèn de la disponibilitat del Tribunal i de les parts. La primera és controlable per l'òrgan judicial ja que n'hi ha prou amb comprovar la seva agenda. No obstant això, la segona no i per això es permet que aquestes puguin sol·licitar la suspensió d'aquesta quan concorri alguna de les causes legalment previstes.

En una situació ideal en què els òrgans jurisdiccional estiguessin integrats en una única plataforma seria possible determinar quan els advocats de les parts tenen una altra actuació judicial programada, que és una de les causes de suspensió. Concorrent aquestes circumstàncies seria possible que es fixés la celebració de l'audiència prèvia en una data en la qual tinguessin disponibilitat el jutjat convocant i les parts.

Estem molt lluny d'aquesta realitat ja que encara estem discutint sobre la compatibilitat dels sistemes informàtics de gestió processal de les diferents administracions competents per a això (Estat i Comunitats Autònomes amb competència delegada en matèria d'administració de justícia), però sí que és possible que el jutjat determini la data que té disponible per a convocar l'audiència prèvia. No existiria cap problema processal perquè el programa informàtic determinés la data i realitzés la proposta al Lletrat de l'Administració de Justícia perquè la validés. Lamentablement una cosa tan senzilla encara no s'ha realitzat.

Anant més enllà d'aquests actes merament procedimentals, però que són necessaris per al desenvolupament del procés, podríem aplicar-lo a aquells casos en els quals la llei determina alguna conseqüència imperativa de caràcter processal, fins i tot que afecti el fons de l'assumpte.

D'una banda, penso en les resolucions judicials, al marge de la competència del Jutge o del Lletrat de l'Administració de Justícia, que han de dictar-se atenent dades merament objectives que figuren en l'expedient judicial i que no precisen de valoració judicial. Aquest seria el cas de la declaració de la caducitat de la instància o l'arxiu del recurs devolutiu perquè la part recurrent no ha comparegut davant el tribunal en el termini legalment previst pel legislador. No trobo cap raó processal per a no permetre que es generés automàticament la resolució judicial i, prèvia valoració de l'òrgan competent⁸⁵, es notifiqués a les parts.

D'altra banda, també incloc les resolucions judicials que posen fi al procés per raons de fons i que es dicten de forma pràcticament automàtica pel transcurs del termini processal legalment previst sense que alguna de les parts realitzi alguna actuació. Em refereixo al procés monitori, el judici canviari o els processos que

⁸⁵ Al meu entendre és essencial el control de l'òrgan competent per a dictar la resolució, tant si és el Lletrat de l'Administració de Justícia com el Jutge o Magistrat. Així per exemple la caducitat de la instància (articles 236 i ss LEC) implica que es té per abandonat el procés quan aquest romangui suspès durant el termini de dos anys durant la primera instància i d'un si estigués pendent un recurs devolutiu. Aparentment aquesta decisió té caràcter objectiu, però l'article 238 LEC preveu que no es produirà quan concorri força major o la suspensió no sigui imputable a la voluntat de les parts o interessats. Aquesta excepció obliga a que l'òrgan competent, per a adoptar la decisió de posar fi al procediment, hagi d'apreciar si concorren o no aquestes circumstàncies. És a dir, fins i tot en aquest supòsit en què sembla que la decisió és automàtica, serà imprescindible la intervenció humana.

segueixen la tècnica monitòria com el procés de desnonament per falta de pagament de la renda arrendatícia o de lliurament de la possessió en cas d'ocupació il·legal del bé immoble.

En aquests supòsits la llei atribueix una conseqüència a la falta de personació i oposició per part del demandat, que és la fi del procés estimant íntegrament la demanda i imposant les costes processals. En aquests casos tampoc existiria cap inconvenient perquè el sistema informàtic de gestió processal advertís i generés una proposta de resolució que hagués de ser validada per l'òrgan judicial.

En tots aquests casos hem d'advertir que considero imprescindible la validació pel Lletrat de l'Administració de Justícia o del Jutge, en funció de la distribució de competències que realitza la LEC. En tot cas serà imprescindible permetre que la decisió sigui finalment revisada pel Jutge com a titular de la funció jurisdiccional.

En aquesta matèria queda molt per fer. Actualment tenim una oficina judicial anacrònica. A través de la llei 13/2009 es va intentar adaptar a les noves necessitats atenent criteris d'eficiència. Lamentablement els serveis comuns que s'anunciaven en les matèries que era competència dels Lletrats de l'Administració de Justícia encara no s'han implantat de forma generalitzada en els diferents partits judicials⁸⁶. També queda per realitzar la reforma de la planta judicial i atendre d'aquesta manera a les necessitats actuals en el qual existeix una realitat social molt diferent al moment històric en què es va dissenyar la que actualment tenim. Finalment al any 2014 es va presentar un avant projecte de llei que reformava la LOPJ, substituint les Jutjats unipersonales per Tribunals d'Instància, però no es va presentar a les Corts Generals⁸⁷.

⁸⁶ En Catalunya segons el Departament de Justícia en maig de 2021 s'havia implantant la nova organització de la oficina judicial en 20 del 49 partits judicials catalans (font <http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/administracio-de-justicia/oficina-judicial/>, consultat per darrera vegada el 1 de maig de 2021).

⁸⁷ El 20 d'abril de 2021 el Govern espanyol va aprovar l'Avantprojecte de Llei Orgànica de Eficiència Organitzativa del Servei Públic de Justícia, per la que es modifica la Llei Orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder judicial, per la implantació dels Tribunals de Instància y les Oficines Judicials als municipis.

A l'efecte de tramitació electrònica és sorprenent l'escassetat de mitjans amb la qual s'ha pretès implantar la tramitació electrònica, la qual cosa porta a situacions tan absurdes com que el Jutjat ha de requerir l'aportació de les còpies dels escrits a les parts o imprimir els documents essencials del plet. La situació és tan surrealista que en molts partits judicials el Jutge no pot accedir des de la Sala de Vistes a l'expedient judicial electrònic perquè no té un punt d'accés. El que provoca continus recessos perquè el pugui consultar des del seu despatx.

Finalment, una reflexió sobre el sistema lexnet que ha implantat l'expedient judicial electrònic. És cert que ha constituït un avanç, però queda molt per fer. Al marge de problemes d'infraestructures com l'escassetat de sistemes informàtics en l'Administració de Justícia, sorprèn la incompatibilitat dels diferents sistemes existents en l'Estat Espanyol que impossibiliten que els Jutjats es puguin comunicar electrònicament entre ells. També seria desitjable actualitzar els sistemes per a permetre que els documents que es poden acompanyar tinguin un límit de grandària que possibiliti acompanyar el major nombre d'ells i no sols aquells que tinguin un format escrit.

3.4.2. ELS ACTES PROCESSALS DE PART I LA CIBERJUSTICIA.

Els efectes que la ciberjustícia tindrà en el procés va més enllà de la seva influència en l'adopció de resolucions processals i en la tramitació de procediment. Aquesta va tenir una influència decisiva en la forma en què les parts es relacionen amb els òrgans jurisdiccionals, i que inclou els següents aspectes:

- La relació de les parts amb el Tribunal.
- La forma en què es realitzen les al·legacions per les parts.

La relació de les parts amb el Tribunal es manifesta en la forma d'atorgar la representació a procurador perquè actuï com el seu representant en el procés. La LEC preveu en l'article 24, en la redacció que en fa la Llei 42/2015, de 5 d'octubre, de reforma de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, la possibilitat de realitzar la compareixença electrònica. Relacionat amb aquesta

primera perspectiva també es planteja la forma en què es realitzen les notificacions processals a les parts, que analitzaré en el següent apartat.

Aquests dos apartats són importants i essencials en el procés, ja que afecten el dret de defensa, però no afecten estrictament al seu desenvolupament, ja que es tracta d'activitats al marge del mètode de formació de judici. La ciberjustícia pot tenir un efecte directe i immediat en la forma en què les parts realitzen les al·legacions.

La LEC va dissenyar en el seu origen un procediment oral, en el qual després d'una preparació prèvia per escrit (escrits de demanda i contestació) el seu desenvolupament es realitzava per audiències (audiència prèvia i judici en el procediment ordinari i judici en el judici verbal). Un dels principals elogis que es va realitzar a la LEC va ser la seva aposta per la implantació de l'oralitat en el procés civil. Cal recordar que el procediment civil en l'aplicació de la LEC de 1881 era estrictament escrit, la qual cosa era contrari a la previsió de l'article 122 de la Constitució i afavoria els retards processals. A través de la implantació de l'oralitat el procés civil es regeix pels principis derivats com són la immediatesa i la publicitat.

Un dels reptes de l'aplicació de la ciberjustícia és precisament respectar l'oralitat i els seus principis derivats. La tendència legislativa és contrària a aquest objectiu perquè les reformes de la LEC s'encaminen precisament a limitar-la. Així la modificació del judici verbal per la Llei 42/2015, de 5 d'octubre, va reforçar l'escriptura enfront de l'oralitat al introduir la contestació per escrit i regular la vista de manera no preceptiva quan no ho sol·licitin les parts i el tribunal no ho consideri procedent. D'aquesta manera es converteix en escrit el procediment en el qual l'oralitat era el principi informador⁸⁸.

⁸⁸ Aquesta tendència s'incrementa en l'Avantprojecte de Llei de Mesures d'Eficiència Processal del Servei Públic de Justícia, aprovat pel Consell de Ministres del Govern d'Espanya el 15 de desembre de 2020, que torna a modificar l'apartat 10 de l'article 438 de la LEC perquè el jutge decideixi sobre la rellevància de l'audiència si ho considera necessari, sense que sigui requerit per la sol·licitud d'una part. A més, amplia l'àmbit objectiu del judici verbal ampliant el seu ús amb la modificació de l'article 250 LEC, que regula l'apartat 1 per incloure les qüestions que fins ara es tramitaven mitjançant sentència ordinària, i l'apartat 2, que preveu que les reclamacions per import de fins a 15.000 euros es resolguin mitjançant el judici verbal.

La implantació de la ciberjustícia al procediment afectarà el principi d'oralitat i als seus principis conseqüència. Hi ha una tendència a convertir en escrit tots aquells actes que abans es realitzaven de forma oral. Una de les causes de la lentitud dels procediments és la manca de mitjans de l'Administració de Justícia. En aquest context l'oralitat implica la celebració de vistes, i aquestes necessiten una sala habilitada per a desenvolupar-se. L'habitual és que els jutjats hagin de compartir sales de vistes, de manera que no tenen plena disponibilitat del seu ús. Aquesta circumstància provoca que la seva convocatòria es demori en el temps, amb la conseqüència directa en el retard en la resolució judicial. També ha contribuït a aquest retard les mesures sanitàries adoptades per superar la COVID-19.

El legislador afronta reformes processals a cost zero, i la forma és limitar l'oralitat per evitar la celebració de vistes. És sorprenent com el principal èxit de la LEC, que va ser implantar l'oralitat en el procés civil, s'intenta revertir a través d'aquestes reformes legals amb fonament en aconseguir una major celeritat en la resposta judicial. És criticable la tendència legislativa a la restricció de l'oralitat. Un dels riscos de la ciberjustícia és que s'implanti l'escriptura en el procés civil. La conseqüència serà un canvi en l'estructura del procediment. L'adaptació del procés civil ha de realitzar mantenint l'oralitat com a principi informador del procediment.

Si analitzem el procés judicial és relativament senzill implantar-la en les al·legacions de les parts. En l'àmbit de la Unió Europea ja s'ha avançat en implantar formularis per realitzar els actes de part en determinats processos judicials, com el procés europeu d'escassa quantia o el procés monitori europeu⁸⁹.

D'una manera similar el legislador podria aprovar un annex de la LEC en el qual s'indiquessin els formularis que s'han d'utilitzar per a cada un dels tràmits

D'aquesta manera, el Govern assumeix com a pròpia la proposta realitzada pel CGPJ en els mitjans organitzatius i processals per al pla de xoc en l'Administració de Justícia després de l'estat d'alarma, aprovat el 6 de maig de 2020 (mesura 2.9).

⁸⁹ Veure https://e-justice.europa.eu/content_small_claims_forms-177-es.do?clang=es#action i https://e-justice.europa.eu/content_european_payment_order_forms-156-es.do?clang=es#action respectivament.

del procés judicial. Per a la seva realització pot utilitzar-se la Guia de Bones Pràctiques sobre escrits i informes orals i actuacions judicials aprovada per la Sala de Govern del TSJ de Catalunya el 20 de novembre de 2020, havent-la consensuat en el si de la Comissió Mixta TSJC-CICAC-ICAB⁹⁰.

A la pràctica judicial és habitual que els Tribunals Superiors aprovin en unes normes comunes de presentació de diferents escrits judicials. Així en l'ordre civil el Tribunal Suprem va aprovar en ple un acord el 27 de gener de 2017 al que s'indicaven els criteris interpretatius que utilitzaria per admetre a tràmit els recursos i establia requisits com l'extensió màxima dels recursos. De la mateixa manera la Sala del Contenciós Administratiu de Tribunal Suprem va acordar el 20 d'abril de 2016 les condicions que els escrits d'interposició i contestació dels recursos havien de complir, aprovat de conformitat amb la previsió de l'article 87 bis de la LJCA⁹¹.

La ciberjustícia ha d'adaptar el procés judicial existent, però no s'ha de limitar només a la presentació dels escrits en format telemàtic o substituir els actes orals per la videoconferència. Hauria de dissenyar un nou procés judicial aplicant els nous mitjans tecnològics que substitueixen el suport paper pel suport informàtic i facilitar el tractament informàtic de les dades. Per a això és essencial que es respectin els drets fonamentals, especialment els derivats del dret a la tutela judicial efectiva, i tenir sempre present que aquest format no es pot considerar com un fi en si mateix, sinó com un instrument per aconseguir una major efectivitat de la justícia.

Si atenem a l'esquema del procés per audiències regulat en la LEC, la conversió a un sistema de ciberjustícia atenent els següents criteris:

- Les al·legacions escrites haurien de fer de forma telemàtica a través de la utilització de formularis creats específicament per a l'acte concret.

⁹⁰ Es pot trobar a <https://www.icab.es/export/sites/icab/galleries/documents-noticies/Guia-Bones-Practiques-escrits-informes-actuacions-judicials-CAT-vdef.pdf>.

⁹¹ Així mateix, altres tribunals, nacionals i internacionals, han adoptat normes per a la presentació d'escrits. Entre els primers, el ple de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va aprovar l'acord de 4 de juliol de 2013, complementari al de 22 de març de 2012.

- Els actes orals s'han de fer de manera presencial, llevat que la senzillesa de l'acte o el caràcter tècnic pugui justificar la seva realització a través de videoconferència.

- Les resolucions judicials també haurien de seguir un sistema uniforme.

D'aquesta forma els escrits de demanda i contestació, tant de procediment ordinari com verbal, es podria realitzar en format telemàtic. Així, per exemple, l'escrit de demanda hauria de contenir els següents apartats⁹²:

- Ordre jurisdiccional.

- Jutjat competent.

- Identificació de la part demandant i demandada, indicant totes les dades necessàries per a individualitzar i realitzar els actes de notificació.

- Objecte del procés. Indicar el petitum de la demanda indicant una sèrie de paraules claus que permetin que es tractin les dades de manera informàtica.

- Fets. En aquest apartat s'hauria de permetre afegir tants apartats com fossin necessaris.

- Fonaments jurídics. Hauria de distingir els aspectes processals dels materials i permetre afegir tants apartats com fossin necessaris. Per a això seria convenient que en un ítem s'indiqués la legislació aplicable, en un altre la jurisprudència que l'ha interpretat i que sigui al·legada per la part i en un últim apartat permetre que la part justifiqui la seva aplicació al cas concret.

- petitum, amb tants apartats com fossin necessàries.

- Peticions complementàries, permetent afegir la petició de mesures cautelars.

⁹² Aquesta proposta ja ha estat realitzada per RAMOS MÉNDEZ, en *Guía para una transición ordenada a la LEC*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 303.

De la mateixa manera s'haurien d'adaptar la totalitat de les al·legacions escrites realitzades per les parts. La seva realització no hauria de fer de manera administrativa ni pel Consell General del Poder Judicial ni pel Ministeri de Justícia, sinó que s'hauria d'aprovar com un annex de la LEC pel poder legislatiu, ja que complementa a la llei aprovada. Això ja es realitza en el dret de la Unió Europea quan s'aprova un Reglament a què s'agrega un formulari comú per a la seva utilització pel Tribunal dels Estats membres⁹³.

Una de les qüestions que es plantegen quan s'analitzen els formularis és la relació que tenen amb el text legal. A Espanya es regula l'ús dels formularis en l'àmbit processal en l'article 9.3 i a l'annex 3 de la Llei 18/2011 i en la Resolució de la Secretaria General de l'Administració de Justícia de 15 de desembre de 2015. Aquests complementen els escrits de les parts a l'efecte que presentin per via telemàtica a través del sistema LEXNET.

El Tribunal Constitucional s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió en la Sentència 55/2019, de 6 de maig, declarant que no pot condicionar per si sola la validesa de l'acte de comunicació correctament realitzat i declarant que "és l'escrit del recurs de cassació redactat i carregat en Lexnet, el que havia de ser examinat per la secretaria de la sala amb vista a dilucidar si permetia tenir-lo per rebut i unir-lo a les actuacions d'un dels seus procediments". Al no fer-se ha vulnerat el dret del recurrent en empara a no patir indefensió.

La problemàtica que suscita l'ús dels formularis se centra en els errors que es poden cometre al seleccionar les opcions disponibles, bé perquè la programació indueixi a confusió o bé de forma involuntària per les parts. En aquest cas no ha de prevaler el formalisme sobre els drets de les parts ni convertir el mitjà de transmissió en un fi en si mateix, per això s'ha de permetre l'esmena quan ens trobem davant d'un defecte estrictament formal.

⁹³ Sobre aquest tema es tracta de l'anàlisi realitzada per GARCIA-ROSTAN CALVIN, que examina els formularis aprovats pel Ministeri de Justícia i pel Consell General del Poder Judicial per fer una demanda succinta de la sentència oral del procés civil en què no és obligatòria l'aplicació processal, i en la qual destaca els aspectes en què van més enllà del que es preveu a la LEC (en "Los formularios y el principio de legalidad", en *Acertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, edit. Atelier, dir. Juan H. Perezagua Javier López Sánchez, edit. Atelier, Barcelona, 2020, pp. 87).

En aquest sentit es pronuncia la Sentència de Tribunal Constitucional 55/2019, de 6 de maig, que resol un recurs d'empara interposat per la part recorreguda en un recurs de cassació a la qual se li inadmet l'escrit d'impugnació al fer constar per error un codi diferent al del recurs interposat. En aquesta sentència el Tribunal Constitucional recorda que els formularis tenen un paper accessori de facilitació de la comunicació electrònica, però no pot esdevenir en condicionant de la validesa de l'escrit processal remès. A més, afirma que "l'error en alguna de les dades del formulari normalitzat no pot condicionar per si sola la validesa de l'acte de comunicació correctament realitzat".

Els actes orals també s'han de dissenyar de nou atenent a la possible utilització de la videoconferència. Fins ara aquesta s'ha integrat en el procés judicial de forma esporàdica a causa de les limitacions tècniques que tenen els tribunals i la bretxa digital existent en una gran part de la nostra societat.

Al meu entendre no totes les actuacions orals poden realitzar-se utilitzant la videoconferència. Aquesta hauria de limitar-se en un primer moment per als actes orals més senzills o que tinguessin un caràcter essencialment tècnic.

Des de la primera perspectiva es podria integrar per a determinats processos, com els judicis verbals fins a una quantia determinada o que fossin més senzills pel seu caràcter sumari⁹⁴.

La correcta implementació de les noves tecnologies permetria controlar els pressupostos processals d'una forma més àgil⁹⁵. Així, per exemple, quan s'exigeix l'aportació d'un document com a requisit de procedibilitat al formulari podria constar l'apartat en el qual s'indicarà permetent que s'adjuntés. D'aquesta forma la part tindrà constància d'aquest requisit i se li exigirà la seva complementació. En el moment d'admetre a tràmit la demanda l'òrgan jurisdiccional ha de constatar que s'ha aportat i que és el correcte. Si no fos així

⁹⁴ GIMENO SENDRA, enumera el processo als quals es pot implementar la intel·ligència artificial, incloent el judici monitori, el procés canviari, actes de jurisdicció voluntària, i el procediments de filiació, paternitat i maternitat, menors, divisió d'herències, liquidació del règim econòmic matrimonial, retracte, titularitat horitzontal, aliments i de declaració de nul·litat de Préstecs usuaris (*La simplificación de la justicia civil y penal*, cit., pp. 32 y 33).

⁹⁵ En el mateix sentit GIMENO SENDRA, loc. cit.

s'haurà de requerir l'esmena del defecte si això fos possible, atenent la naturalesa de l'actuació extra processal i a la finalitat de la seva exigència.

La Guia de bones pràctiques sobre escrits i informes orals i actuacions judicials, aprovada pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya el 20 de novembre de 2020, recomana que les demandes no excedeixin de 10 pàgines si tenen per objecte pretensions simples i repetitives, de 30 folis si són processos de complexitat alta, podent sobrepassar si a relació de fets o de qüestions jurídiques ho exigeixi. Aquest document té el caràcter de recomanació, però no és descartable que en algun moment s'intenti imposar a les parts integrant-lo en la LEC.

En aquest mateix document s'aconsella que l'extensió màxima dels recursos d'apel·lació no excedeixi de 20 folis, i si és un assumpte de gran complexitat de 30, sense que supera el 50% de la sentència recorreguda en els assumptes de gran complexitat. En el recurs extraordinari per infracció processal i de cassació davant la Sala Civil i Penal del TSJ s'aconsella que la seva extensió sigui de 25 folis, i de 30 si s'interposa juntament amb el recurs extraordinari per infracció processal.

En l'àmbit dels recursos ja existeixen antecedents en els quals es limita l'extensió dels escrits de les parts a través d'acords de Junta de Magistrats⁹⁶. Així el Tribunal Suprem ja va adoptar aquest acord a a Junta celebrada el 27 de gener de 2017 pel recurs de cassació i per infracció processal⁹⁷. En el recurs d'apel·lació les Seccions Civils Generals i de la Secció Mercantil de l'Audiència

⁹⁶ Vegeu àmpliament l'anàlisi que realitza SIGÜENZA LOPEZ, a "¿Límites a los escritos procesales de las partes?", en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, dir. Juan H. HERRERO PEREZAGUA y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, edit. Atelier, Barcelona, 2020, pp. 103 y ss

⁹⁷ Els acords de la Sala Civil del Tribunal Suprem interpreten els criteris d'admissió de recursos i d'infracció processal, que és positiva per a la informació que proporciona a les parts que les han de portar. No obstant això, de vegades va més enllà de les seues funcions, envaint els poders de la branca legislativa. Un d'aquests casos és precisament la limitació de la pròrroga i la forma requeriments de recursos. Veure extensament l'anàlisi que realitza SIGÜENZA LÓPEZ, que recull les decisions que les han recollit i conclou que el Tribunal Suprem ha anul·lat les seues funcions, però troba que no s'ha desestimat expressament cap recurs per excedir el nombre de pàgines previstes en els criteris (en "Excesiva extensión de los escritos procesales como posible causa de inadmisión de los recursos extraordinarios en el orden civil de la jurisdicción", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 3/2021, p. 6 i ss.)

Provincial de Madrid, en l'acord celebrat el 19 de setembre de 2019, es remeten a l'acord del Tribunal Suprem sobre el límit a l'extensió dels escrits de recursos.

En l'ordre contenciós administratiu del Tribunal Suprem també va aprovar l'acord de 20 d'abril de 2016, que limitava l'extensió dels escrits d'interposició i contestació de el recurs de cassació a una extensió màxima de 50.000 caràcters amb espai, equivalents a 25 folis. La diferència amb els acords de l'ordre civil és que en l'ordre contenciós administratiu la sala de govern del Tribunal Suprem està habilitat per l'article 87 bis LJCA per establir les condicions dels escrits d'interposició i de contestació, però no la resta de tribunals al quals he fet referència. D'altra banda, és cert que és una pràctica que els tribunals col·legiats internacionals estableixin aquests criteris.

En la meua opinió no és contrari al dret a la tutela judicial efectiva que s'estableixin limitacions a l'extensió dels escrits de part. Actualment es constata els escrits forenses, tant de les parts com de l'òrgan judicial, són excessivament extensos. Aquesta circumstància pot estar justificada per l'especial complexitat, tant fàctica com jurídica, de l'objecte del procés. No obstant això, de vegades no és així, sinó que ve provocada per una reiteració de les al·legacions o un ús excessiu de les cites jurisprudencials. Aquest abús provoca una complexitat addicional en el procés per identificar l'objecte del procés. Per això, és convenient que es limiti l'extensió dels escrits d'al·legacions, però amb la suficient flexibilitat per no generar indefensió a les parts en aquells casos en què estigui justificat un major desenvolupament dels fets o dels fonaments jurídics.

L'òrgan competent per realitzar-lo és el poder legislatiu, que hauria de aprovar com a annex de la llei corresponent i integrar-lo en el formulari perquè es tramités telemàticament.

3.5. L'APLICACIÓ DE LES NOVES TECNOLOGIES A EL PROCÉS D'EXECUCIÓ.

3.5.1. NATURALESA JURÍDICA DEL PROCÉS D'EXECUCIÓ.

El procés d'execució també s'inclou en l'activitat jurisdiccional⁹⁸. Ja CALAMANDREI argumentava que "la finalitat última de la jurisdicció a tota manifestació seva, és el de l'observança pràctica de el dret: el raonament fet pel jutge en el procés de cognició no val com a enunciació d'una veritat teòrica, sinó com a proclamació pràctica d'un mandat que ha de ser obeït"⁹⁹.

CARNELUTTI considera que a l'estendre la jurisdicció a la justa composició del litigi, també inclou el procés d'execució perquè "la composició del litigi exigeix la conversió de l'haver de ser a ser ... La decisió inicia la conversió del llevat en ser i pot fins i tot esgotar si aconseguix persuadir el vençut de manera que aquest desisteixi de la seva pretensió o de l'oposició infundada, però pot també no esgotar-la si, per contra, també el mandat de jutge, com abans la norma és desobeït"¹⁰⁰. D'aquesta afirmació dedueix que l'execució s'ha d'incloure en el concepte de jurisdicció.

Com hem analitzat anteriorment aquests dos autors parteixen del dualisme en les relacions entre dret i procés. Per això al considerar que la jurisdicció garanteix el dret objectiu o compon la litis, han de deduir que el procés d'execució s'inclou en aquesta funció de l'Estat.

Des d'una perspectiva monista SATTA argumenta que la limitació de la jurisdicció a la declaració de el dret és un error, ja que "l'ordenament s'aferma ja amb la declaració de certesa (de el dret), ja sigui amb la reintegració de el dret (declarat cert) "; sent aquesta última la màxima expressió de l'ordenament perquè amb ella l'ordenament es fa acció¹⁰¹. Posteriorment analitza les diferències entre el procés de declaració i d'execució: "mentre en el procés de cognició es tracta d'establir una normativa (de el cas concret), en el procés d'execució es tracta d'adequar la realitat a una normativa ja establerta, substituint la voluntat del deutor, o més en general de l'obligat, en el compliment d'un acte"¹⁰².

És a dir, és conseqüent amb la visió que té de la jurisdicció com encaminada a individualitzar l'ordenament jurídic. Però d'aquesta manera, la jurisdicció té una

⁹⁸ Veure per tots GIMENO SENDRA, (*Fundamento de Derecho Procesal*, edit. Civitas, Madrid, 1981., pg. 108-110) y RAMOS MÉNDEZ (*Derecho y Proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1979, pg. 276).

⁹⁹ CALAMANDREI, *Derecho Procesal Civil. Instituciones...*, cit., pg. 167.

¹⁰⁰ CARNELUTTI, *Derecho Procesal...*, cit., pg. 328.

¹⁰¹ SATTA, "Jurisdicción", cit., pg. 299

¹⁰² SATTA, *Derecho Procesal Civil. Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. II, ed. EJEJA, Buenos Aires, 1971, pg. 14.

funció declarativa de el dret i substitutiva en l'execució d'aquesta. I aquesta última implica l'exercici de la *potestas*, característica que no té la jurisdicció en si mateixa considerada. És una nota que s'afegeix quan l'Estat assumeix el monopoli jurisdiccional perquè detenint les dues funcions les unifica en un mateix òrgan.

RAMOS MÉNDEZ considera que "l'execució de sentències, en cas de ser instada per la banda, no és més que la potenciació del judici fins a la seva plena encarnació en la vida. És només l'actuació d'una possibilitat que ja porta connatural el propi judici jurisdiccional de per si: la d'implicar els subjectes en la nova normativa continguda en el mateix "¹⁰³.

L'essència de l'activitat jurisdiccional és l'emissió d'un judici. Amb això s'ha de considerar esgotada. És cert que "el dret és una cosa que, en última instància, tendeix a satisfer concrets interessos de la vida, en diversos aspectes, i per tant es preordena lògicament a la praxi". Però el pressupost previ és que es declari, i aquesta és la tasca de la jurisdicció.

L'efectivitat de la declaració, és a dir, la consecució de la seva manifestació en la pràctica no implica l'emissió d'un judici diferent del contingut en la resolució jurisdiccional que ha estat incompleta. Per això és en aquest punt a què es limita l'activitat jurisdiccional. En la resta dels supòsits és una tasca que implica l'exercici de la potestat, i aquesta no és una de les notes essencials de la jurisdicció. Conseqüentment SERRA DOMÍNGUEZ afirma que l'execució és jurisdiccional per accessió, és a dir, en tant que és realitzada pels òrgans jurisdiccional¹⁰⁴.

A la manifestació actual de la jurisdicció, l'Estat ha atribuït als òrgans estatals la funció de declarar el dret i d'exercitar la potestat (art. 117 CE). Per això seran competents els òrgans judicials per a l'exercici d'ambdues funcions. A més, el dret a obtenir l'execució de les resolucions judicials fermes és un element essencial de el dret a la tutela judicial efectiva de l'article 24.1 de la Constitució Espanyola i 6 del CEDH¹⁰⁵.

Hem de distingir en el mateix procés d'execució les activitats declaratives de les executives: entre les primeres inclouríem la declaració que ordena l'inici del

¹⁰³ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pg. 284.

¹⁰⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, "Jurisdicció", cit. pàg. 50.

¹⁰⁵ CACHÓN CADENAS, *La ejecución procesal civil*, edit. Atelier, 2^a edició, Barcelona, 2018, pp. 23 y ss.

procés d'execució, la interlocutòria que resol l'incident de declaració que s'insereix en l'execució (arts. 712 i ss. LEC); entre els segons la trava dels béns i el procediment de constrenyiment.

3.5.2. EL PROCÉS D'EXECUCIÓ EN EL PROCÉS CIVIL.

En el procés d'execució es desenvolupen funcions declaratives i executives. Les primeres tenen caràcter jurisdiccional i la seva competència s'ha d'atribuir a l'òrgan jurisdiccional. Les segones es van atribuir tradicionalment a l'òrgan jurisdiccional, però la reforma de l'oficina judicial va implicar una redistribució de funcions que ha provocat que pràcticament la totalitat del procés d'execució sigui competència dels Lletrats de l'Administració de Justícia. L'excepció és l'acte d'inici de l'execució que ha de ser dictat per l'òrgan jurisdiccional, i la resolució dels incidents declaratius que es plantegin durant el procés d'execució. A més, el Tribunal Constitucional ha recordat en diverses ocasions que els decrets que dicti el Lletrat de l'Administració de Justícia han de poder ser revisats per l'òrgan jurisdiccional a través del recurs de revisió¹⁰⁶.

Anteriorment he desenvolupat la no conveniència de substituir la persona de l'òrgan judicial en l'adopció de decisions jurisdictionals per una aplicació informàtica. També he analitzat la tramitació electrònica del procés declaratiu concloent que les TICS poden contribuir a una major eficàcia d'aquest. Traslladant les reflexions que he efectuat a el procés d'execució considero que en aquest és on més potencial té de desenvolupar-se per contribuir a una major efectivitat.

A la pràctica el procés d'execució, tal com està plantejat, no funciona de forma adequada. L'estadística judicial ens diu que els processos d'execució triguen de mitjana en resoldre 35,5 mesos¹⁰⁷. Al marge de la valor que li puguem atorgar a la simple dada de el temps, ja que cal tenir en compte que molts processos d'execució es mantenen pendents davant la manca de recursos econòmics de l'executat, la veritat és que la tramitació del procés d'execució no funciona amb l'eficàcia que hauria.

¹⁰⁶ Les sentències de Tribunal Constitucional 15/2020, de 28 de gener, 34/2019, de 14 de març, 72/2018, de 21 de juny, i 58/2016, de 17 de març, han declarat la inconstitucionalitat de les normes que no permetien que la decisió de l' Lletrat de l'Administració de Justícia fos revisada pel jutge o tribunal

¹⁰⁷ CGPJ, *La justícia dato a dato*, 2019.

Quan es va reformar la LEC per adaptar-la a la nova oficina judicial per la Llei 13/2009, estava prevista la creació d'una secció d'execució i la implantació del procediment electrònic. També es va anunciar la creació d'uns protocols comuns d'actuació per a dotar-lo de major eficàcia. Lamentablement res d'això s'ha realitzat.

Al meu entendre les noves tecnologies haurien de tenir un paper fonamental en el procés d'execució. Tal com he exposat ha moltes activitats no jurisdiccionals i que es limiten a dotar d'eficàcia al que ja s'ha decidit que es podria automatitzar.

Si prenem com a referència l'execució d'una condemna dinerària l'esquema de procediment seria el següent:

- Acte dictant l'ordre general d'execució.
- Decret ordenant mesures executives.
- L'esbrinament patrimonial de béns. La consulta a punt neutre judicial.
- Eficàcia de les mesures executives. L'embargament.
- L'anotació en el Registre de l'embargament travat.
- La sol·licitud del certificat de càrrega i dominis.
- La comunicació als creditors prioritaris perquè informin de la situació dels seus crèdits.
- La taxació de el bé. Per a això s'ha de designar un perit, judicial o per acord de les parts, que aquest accepti el peritatge i que l'emeti.
- La subhasta.
- El pagament a l'executant.
- La liquidació d'interessos.
- La taxació de costes.
- El pagament a l'executant.

Aquest seria el contingut mínim de l'execució, encara que és cert que poden plantejar-se multitud d'incidents com l'oposició a l'execució, terceries o recursos contra les resolucions que es vagin adoptant.

De totes les activitats descrites l'única que és competència del jutge és l'acte dictant l'ordre general d'execució, sent la resta de Lletrat de l'Administració de Justícia. Si analitzem cadascuna de les etapes d'aquest procés d'execució es podria automatitzar alguna d'elles, analitzaré cadascuna per identificar-les.

El decret ordenant les mesures executives no és possible automatitzar-ho si realment s'adopten, perquè en algunes ocasions es limita a donar trasllat del resultat de l'averiguació patrimonial de bens al executant perquè al·legui el que estimi convenient al seu interès.

L'esbrinament patrimonial de béns es realitza actualment de manera informàtica a través del punt neutre judicial. En aquest cas entenc que per a dotar de major eficàcia a l'execució s'hauria de complementar amb la trava de l'embargament de forma automàtica si es troben béns. Al menys es podria realitzar de forma provisional per assegurar el bé. Posteriorment es ratificaria prèvia audiència de les parts. A més haurien d'implementar les garanties per evitar que es embargui una quantitat excessiva, el que podria realitzar-se seguint l'ordre d'embargament de béns que preveu l'article 592.2 LEC.

Un cop decretat l'embargament, si fos un bé inscrit en el Registre de la Propietat hauria de remetre el manament directament per l'òrgan judicial al Registre, perquè s'inscrigui en el llibre diari i així iniciar l'anotació de l'embargament corresponent. Actualment, en molts casos, no es realitza d'aquesta forma i es lliura a procurador de la part executant perquè ho diligenciï, amb el retard que implica quan ha de inscriure en un registre que no estigui localitzat en el partit judicial en què el procurador intervé.

Juntament amb el manament d'inscripció hauria de sol·licitar-se automàticament la sol·licitud de càrregues i dominis de la finca embargada, i no esperar que ho demani l'executant un cop que s'ha inscrit l'embargament.

Una vegada que es rep el certificat de Registre de la Propietat de càrregues i dominis ha de requerir-se als creditors prioritaris perquè informin de l'estat del crèdit inscrit. Entenc que aquesta activitat es pot realitzar mitjançant correu electrònic a aquells casos en què el creditor tingui l'obligació de comunicar-se

electrònicament amb l'Administració de Justícia. Actualment es remet mitjançant manament i a través del lliurament personal, amb el retard que això ocasiona.

La taxació de el bé és un incident que també exigeix un temps addicional. Actualment ja existeixen aplicacions informàtiques que calcula el preu dels béns immobles atenent el valor de el metre quadrat a la zona en què estan ubicats i l'antiguitat d'aquests. També des del punt de vista fiscal es pren com a referència el valor cadastral de el bé immoble multiplicat per un diferencial, que s'aprova anualment pel Govern o les comunitats autònomes amb competències transferides per al cobrament de l'Impost d'Actes Jurídics Documents, per determinar el valor de mercat, sense perjudici que es pot impugnar per l'afectat aportant un dictamen pericial.

Per dotar d'eficàcia al procés judicial podria ser convenient acudir a aquest criteri també en el procés d'execució de condemna dinerària. Tot això sense perjudici que les parts puguin realitzar al·legacions a la valor resultant i, si escau, impugnar aportant un dictamen pericial o sol·licitant l'aplicació d'un altre criteri objectiu.

Posteriorment es realitza la subhasta. Actualment ja funciona i d'una manera que entenc adequada, tot i que és susceptible de millora.

Un cop transmès el bé s'ha de procedir al lliurament del principal, a liquidar els interessos meritats durant el procés d'execució i taxar les costes.

La liquidació dels interessos actualment s'ha de sol·licitar per la part executant, podent impugnar-la la part executada. La qüestió és que els mateixos es poden calcular de forma pràcticament automàtica i ja existeixen aplicacions informàtiques que el realitzen. Per això seria convenient que s'integrés al programa de gestió processal dels jutjats, liquidant automàticament els interessos meritats des de l'inici de l'execució i fins al pagament del principal.

Soc conscient que les propostes realitzades impliquen una modificació en la forma d'actuar dels Tribunals i fins i tot alguna reforma legislativa. Des del punt de vista de legislador en el procés d'execució regeix la instància de part, a diferència del procés declaratiu que és d'ofici¹⁰⁸. Si s'automatitza la gestió de la

¹⁰⁸ ORTELLS RAMOS defensa aquesta opció afirmant que "no tindria sentit que regís el principi d'impuls oficial (avanç d'ofici, amb preclusions, fins a la terminació de procediment), perquè l'important no és accelerar l'execució, sinó que aquesta arribi al seu fi de plena satisfacció de l'executant (art. 570), emprant per a això tot el temps que sigui necessari (art. 239) "(en *Derecho Procesal Civil*, edit. Aranzadi, 2019, pàg. 537).

tramitació de les reformes imprescindible seria imposar l'impuls d'ofici en el procés d'execució civil, permetent que la part executant sol·licités la seva suspensió en qualsevol moment processal.

La raó per la qual defenso aquesta reforma és que en molts casos la gestió dels escrits processals de part es dilata en el temps. És una realitat que els òrgans jurisdiccionals estan infradotats tant en el personal assignat i en els mitjans materials per realitzar la seva tasca. Això motiva que un escrit de la part executant que es limita a sol·licitar que es realitzi el següent acte procedimental previst per avançar en el procés d'execució es retardi temporalment. Per evitar-ho l'opció és dotar de mitjans a l'Administració de Justícia, però la realitat és que no s'ha realitzat. Per això sembla més convenient regular l'impuls d'ofici. L'executant ja ha manifestat expressament a través de la demanda executiva que acudeix a l'auxili de el poder judicial per executar el títol executiu que al·lega. Crec que no se li ha d'imposar cap càrrega addicional a aquesta sol·licitud expressa que ja s'ha realitzat. Lògicament el desitjable seria implementar aquest sistema d'una manera eficaç a través d'un programa de gestió processal adequat i que automatitzi aquells actes que siguin susceptible d'això.

4. LES NOTIFICACIONS EN ELS PROCESSOS EN QUÈ ESTÀ AFECTADA L'HABITATGE, AMB ESPECIAL REFERÈNCIA A EL CONSUMIDOR.

4.1. INTRODUCCIÓ.

Un dels principis essencials del procés és l'audiència de les parts, per al que és imprescindible que tinguin constància de l'existència del procés i el seu desenvolupament. Per això s'ha de garantir que les parts siguin notificades correctament, tant en l'inici del procés com durant el seu desenvolupament. El coneixement del procés integra el contingut essencial de el dret a la tutela judicial efectiva, reconegut en els articles 24 de la Constitució Espanyola, 47 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea i 6 del Conveni Europeu de Drets Humans. Només respectant la llei i esgotant les opcions legals perquè les parts siguin notificades es permetrà que les parts puguin exercir el seu dret de defensa en el mateix¹⁰⁹.

Des de la perspectiva judicial és significatiu que la major part de les sentències que ha dictat el Tribunal Constitucional calculant la protecció per un defecte en la manera de realitzar la notificació al demandat s'hagi produït en processos d'execució hipotecària o de desnonament per falta de pagament.

La problemàtica es planteja amb la Llei 13/2009, de 3 de novembre, de reforma de la legislació processal per a la implantació de la nova Oficina Judicial. Aquesta afegeix un apartat tercer a l'article 686 que té la redacció següent: "*Intentat sense efecte el requeriment en el domicili que resulti del Registre, no podent ser realitzat el mateix amb les persones a què fa referència l'apartat anterior, es procedirà a ordenar la publicació d'edictes en la forma que preveu l'article 164 d'aquesta Llei*".

Posteriorment aquest apartat es va reformar per la Llei 19/2015, de 13 de juliol, de mesures de reforma administrativa en l'àmbit de l'Administració de Justícia i

¹⁰⁹ Sobre les notificacions i la seva incidència en el dret a la tutela judicial efectiva veure per tots YELAMOS BAYARRI, en *Nulidad procesal y comunicaciones procesales fallidas*, edit. Atelier, Barcelona, 2006.

de Registre Civil, que li dóna la redacció que està vigent fins a l'actualitat: *" Intentat sense efecte el requeriment en el domicili que resulti del Registre, no podent ser realitzat el mateix amb les persones a què fa referència l'apartat anterior, i realitzades per l'Oficina Judicial les investigacions pertinents per determinar el domicili del deutor, es procedirà a ordenar la publicació d'edictes en la forma que preveu l'article 164 "*.

La problemàtica que es va plantejar és que durant la vigència de la redacció de l'article 686.3 LEC original fins a la seva modificació per la Llei 19/2015, de 13 de juliol va notificar per edicte la pendència del procés d'execució quan no es localitzava al deutor hipotecari en el domicili que figurava en l'escriptura de préstec hipotecari, el que va generar indefensió. Per aquest motiu es van dictar nombroses sentències pel Tribunal Constitucional calculant la protecció¹¹⁰.

Aquesta reforma també es va efectuar en el procés de desnonament per la Llei 19/2009, de 3 de novembre, de mesures de foment i agilitació processal del lloguer i de l'eficiència energètica dels edificis que va afegir un nou apartat a l'article a l'article 164 LEC, amb la redacció i que és la que actualment està en vigor: *" en els processos de desnonament de finca urbana o rústica per falta de pagament de rendes o quantitats degudes o per expiració legal o contractual del termini i en els processos de reclamació de aquestes rendes o quantitats degudes, quan no se'l pugui trobar ni efectuar-li la comunicació a l'arrendatari en els domicilis designats en el segon apartat de al número 3 del l'article 155, ni hagi comunicat de forma fefaent amb posterioritat al contracte un nou domicili a l'arrendador a què aquest no s'hagués oposat, es procedirà, sense més tràmits, a fixar la cèdula de citació en el tauler d'anuncis de l'Oficina Judicial "*.

En aquest cas el Tribunal Constitucional ha dictat una sèrie de sentències calculant la protecció per la indefensió causada a l'arrendatari demandat¹¹¹. La Sentència de Tribunal Constitucional 123/2019, de 28 d'octubre, realitza

¹¹⁰ El Tribunal Constitucional va dictar les sentències nombre 131/2014, de 21 de juliol, nombre 137/2014, de 8 de setembre, nombre 169/2014, de 22 d'octubre, nombre 89/2015, de 11 de maig, nombre 151/2016, de 19 de setembre, nombre 5/2017, de 16 de gener, nombre 6/2017, de 16 de gener, nombre 106/2017, de 18 de setembre, nombre 138/2017, de 27 de novembre, nombre 5/2018, de 22 de gener, nombre 137/2018, de 27 de novembre, nombre 39/2018, de 25 d'abril, nombre 83/2018, de 16 de juliol, nombre 123/2019, de 28 d'octubre, nombre 19/2020, de 20 de febrer, nombre 32/2020, de 26 de març, nombre 41/2020, de 10 de juny, nombre 62/2020, de 15 de juny i nombre 86/2020, de 20 de juliol.

¹¹¹ Sentències de Tribunal Constitucional 137/2017, de 27 de novembre, 181/2015, de 7 de setembre i 30/2014, de 24 de febrer. L'any 2020 el Tribunal Constitucional ha dictat quatre sentències, que són les Sentències 19/2020, de 20 de febrer, 32/2020, de 26 de març, 41/2020, de 10 de juny i 62/2020, de 15 de juny.

un anàlisi de la doctrina del tribunal Constitucional. En el fonament de dret tercer l'exposa de la següent manera:

"(...) s'ha afirmat que la doctrina constitucional en matèria d'emplaçaments està molt consolidada i no es pot veure interferida per la reforma operada per la Llei 19/2009, de 23 de novembre, de mesures de foment i agilitació processal del lloguer i de l'eficiència energètica dels edificis. Aquesta doctrina s'ha traslladat a l'àmbit del procés de desnonament respecte de l'article 164 LEC (STC 30/2014, de 24 de febrer; 181/2015, de 7 de setembre, i 137/2017, de 27 de novembre). Així, com assenyala la STC 30/2014, de 24 de febrer, FJ 5, si bé és cert que "la Llei 19/2009 reforma l'art. 164 LEC relatiu a la comunicació edictal com a forma de comunicació processal i afegeix a aquest precepte un segon apartat relatiu als desnonaments en un arrendament per falta de pagament de les rendes ... ", cal fer una interpretació secundum constitutionem d'aquest precepte, "integrant el contingut de la reforma amb la doctrina d'aquest Tribunal pel que fa a la subsidiarietat de la comunicació edictal, la qual té la seva font directa en el dret d'accés al procés de l'art. 24.1 CE, de manera que la comunicació edictal en tot procediment de desnonament només es pot utilitzar quan s'hagin esgotat els mitjans d'esbrinament de domicili del deutor o executat ".

En relació amb això, la jurisprudència constitucional ha afirmat que (i) "quan de l'examen de les actuacions o de la documentació aportada per les parts es dedueixi l'existència d'un domicili que faci factible practicar de forma personal els actes de comunicació processal amb el demandat, s'ha d'intentar aquesta forma de notificació abans d'acudir a la notificació per edictes "(STC 122/2013, FJ 3), i que (ii) fins i tot quan no consti aquest domicili en les actuacions, caldria realitzar altres gestions amb vista a l'esbrinament de domicili real, sempre que això no suposi exigir l'òrgan judicial una desmesurada tasca investigadora sobre l'efectivitat de l'acte de comunicació (entre d'altres, STC 131/2014, de 21 de juliol, FJ 2) ".

4.2. REGULACIÓ LEGISLATIVA.

La legislació s'ha adequat a les comunicacions electròniques. La Llei 1/2000, d'enjudiciament civil, contenia una referència a la comunicació electrònica en l'article 162, que regula els actes de comunicació per mitjans electrònics,

informàtics i similars. No obstant això, la seva utilització va ser pràcticament nul·la ja que depenia de que les parts i els professionals comuniquen al tribunal que disposaven dels mitjans necessaris per rebre aquestes notificacions.

El legislador ha modificat la LEC en tres ocasions per regular les notificacions electròniques en el procés civil.

- La primera reforma va ser la realitzada per la disposició addicional sisena de la Llei 41/2007, de 7 de desembre, per la qual es modifica la Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari i altres normes de sistema hipotecari i financer, de regulació de les hipoteques inverses i l'assegurança de dependència i per la qual s'estableix determinada norma tributària, que modifica els articles 135, 151, 154.2 i 162 LEC.
- La Llei 13/2009, de 3 de novembre, de reforma de la legislació processal per a la implantació de la nova Oficina Judicial modifica els articles 155.1 i 5 i 162.1 de la LEC.
- La Llei 42/2015, de 5 d'octubre, de reforma de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil fa una nova redacció als articles 135, 146.3, 151.2, 152, 154.2, 155.2, 162 i 273 LEC entre d'altres.

A més, és rellevant i té una influència directa en el procés civil, encara que no modifica la LEC, la Llei 18/2011, de 5 de juliol, reguladora de l'ús de les tecnologies de la informació i la comunicació en l'Administració de Justícia.

Després de les reformes esmentades i als efectes d'aquest treball considero fonamentals els següents articles:

- L'article 155 LEC que regula els actes de comunicació amb les parts encara no personades o no representades per un procurador, especialment:
 - o L'apartat 2, que regula la forma dels actes de comunicació per mitjans electrònics. Al meu entendre l'essencial d'aquest precepte a l'efecte del procés electrònic és que determina que hi ha unes persones obligades a la seva utilització d'acord amb el que preveu l'article 273 LEC. També és rellevant que l'apartat tercer de l'article 152.2 LEC preveu que "amb independència de la forma en què es faci l'acte de comunicació, l'Oficina Judicial enviarà el referit avís" i que la seva falta de pràctica no impedirà que la notificació sigui considerada realitzada.
 - o I l'apartat 4, apartat segon preveu que "Tot i això, si la comunicació té com a objecte la personació en judici o la realització o la intervenció

personal de les parts en determinades actuacions processals i no consta la recepció per l'interessat, s'estarà al que disposa en l'article 158. " I l'article 158 LEC regula la notificació mitjançant lliurament.

- L'article 162 LEC que regula els actes de comunicació per mitjans electrònics, informàtics i similars. Al meu entendre l'important és que en determinades ocasions els destinataris estan obligats a enviar-los i rebre'ls per mitjans electrònics, mantenint l'opció a la resta dels supòsits.
- L'article 273.3 LEC obliga a intervenir a través de mitjans electrònics amb l'Administració de Justícia a: les persones jurídiques, les entitats sense personalitat jurídica, els qui exerceixin una activitat professional per a la qual es requereixi col·legiació obligatòria per als tràmits i actuacions que realitzin davant l'Administració de Justícia en exercici d'aquesta activitat professional, els notaris i registradors, que representin un interessat que estigui obligat a relacionar-se electrònicament amb l'Administració de Justícia i els funcionaris de les administracions públiques per als tràmits i actuacions que realitzin per raó de la seva càrrec.

La regulació actual es pot resumir en que hi ha unes persones, que són les que preveu l'article 273.3 LEC, que estan obligades a relacionar-se per mitjans electrònics amb l'Administració de Justícia. La Llei estableix que quan hi hagi aquesta obligació legal, o en la resta dels casos quan s'hagi optat voluntàriament, es realitzarà la notificació per mitjans electrònics.

El que s'ha exposat té una sèrie d'implicacions en el procés judicial. D'una banda, hi ha l'obligació de la part demandant d'identificar el demandat en l'escrit de demanda, indicant "el domicili o residència en què poguessin ser emplaçats" (art. 399.1 i 437.2 LEC per al judici ordinari i verbal respectivament). És a dir, l'actor ha d'identificar el correu electrònic de la part demandada perquè es pugui realitzar la notificació per via telemàtica. En el cas que no ho coneguéssim pot esbrinar pot sol·licitar l'esbrinament judicial del domicili ja que els subjectes que tenen l'obligació legal de comunicar-se per mitjans electrònics amb l'Administració de Justícia també el tenen en general amb l'Administració (art. 14 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques), com per exemple amb l'Agència Tributària.

En tot cas he d'advertir que tal com preveu l'article 155.4.2 LEC quan la notificació tingués per objecte la personació en judici o la realització o la intervenció personal de les parts en determinades actuacions processals i no

consta la recepció per l'interessat, s'estarà que disposa l'article 158 LEC, que regula la comunicació mitjançant lliurament.

4.3. ASPECTES PROBLEMÀTICS.

A la pràctica l'aplicació d'aquests preceptes ha generat diversos problemes, entre els quals destaco les conseqüències que no s'identifiqui el correu electrònic de la part demandada o la manca de realització de l'avís de notificació al correu electrònic designat.

4.3.1. LA CONSTITUCIONALITAT DE LA COMUNICACIÓ ELECTRÒNICA I L'AMBIT D'APLICACIÓ.

Un dels motius pels quals els tribunals no utilitzen els mitjans de comunicació electrònic per realitzar l'acte de comunicació amb les parts encara no personades o no representades per un procurador és la possible incidència en el dret de defensa. El més habitual és que es neguin a realitzar-la d'aquesta manera argumentant que "l'emplaçament ha de fer-se de forma personal".

Entenc que aquesta concepció ha de superar-se. En la meua opinió hauria de prioritzar la notificació electrònica en tots els casos, i per al cas en què fos negativa o no es pot acreditar el seu lliurament hauria de intentar-se la notificació mitjançant lliurament de cèdula en la forma prevista en els articles 158 i 161 LEC.

El Tribunal Constitucional s'ha pronunciat sobre l'adequació de la regulació de les notificacions electròniques i el seu caràcter obligatori per a determinades persones en la Sentència de Ple 6/2019, de 17 de gener i la realització de la primera comunicació de la pendència del procés en les Sentències 47/2019, de 7 d'abril, 102/2019, de 16 de setembre, 122/2019, de 28 d'octubre, 150/2019, de 25 de novembre i 88/2020, de 20 de juliol.

Durant l'any 2020 el Tribunal Constitucional ha dictat fins a 15 sentències en recursos d'empara interposades contra la pràctica del Jutjat de Primera Instància número 5 de Lorca d'atorgar validesa a la notificació electrònica de l'acte amb l'ordre general de l'execució hipotecària realitzada a través de l' servei de notificacions electròniques de la Fàbrica Nacional de Moneda i Timbre i inadmetent l'oposició a l'execució presentada un cop transcorregut el termini d'oposició. La Sentència de Tribunal Constitucional 40/2020, de 27 de febrer va

ser la primera que va dictar¹¹². Tal com adverteix el TC en el fonament jurídic primer de la Sentència esmentada, el context de el recurs és una sèrie de recursos d'empara interposat pels demandats en uns processos d'execució hipotecària presentats pel Banc Sabadell contra Euronversiones Immobiliàries Costa Sud SL com a propietàries de les finques i deute hipotecari i en alguns casos contra Penrei Inversors SL com a titular d'un dret d'ús i gaudi sobre algun dels immobles. El Jutjat de Primera Instància número 2 de Lorca va optar per dur a terme i emplaçament de les demandades amb requeriment de pagament i alternatiu dret d'oposar-se a la demanda executiva a través de el servei de notificacions electròniques i de direcció electrònica habilitada de la Fàbrica Nacional de Moneda i Timbre.

La doctrina jurisprudencial l'estableix el Tribunal Constitucional en la Sentència de Ple 6/2019, de 17 de gener, que resol una qüestió d'inconstitucionalitat plantejada per la Sala del Social del tribunal de Justícia de Castella Lleó sobre la constitucionalitat de l'apartat tercer de l'article 152.2 LEC, que regula l'enviament d'un avís a el destinatari de l'acte de comunicació que s'ha efectuat la transmissió electrònica i les conseqüències de l'omissió.

Amb caràcter previ a la resolució de la qüestió d'inconstitucionalitat analitza la importància dels actes de comunicació i la seva relació amb la tutela judicial efectiva, en primer lloc recorda que ja s'ha pronunciat sobre les comunicacions per mitjans tècnics i electrònics afirmant que "la doctrina d'aquest Tribunal ha declarat de manera reiterada que en l'àmbit de les comunicacions per mitjans tècnics i electrònics, la constància fefaent tant de fet de la recepció de l'acte de comunicació pel destinatari i la data, com del contingut de l'acte, constitueix una garantia indefugible la inobservança comporta la nul·litat d'aquest últim. I d'haver portat això amb si la pèrdua de tràmits processals per alguna de les parts, la vulneració del seu dret a no patir indefensió (art. 24.1 CE) ". A continuació, cita les sentències en les que estableix els requisits perquè la utilització del fax com aparell de transmissió de notificacions escrites (STC 268/2005, de 24 d'octubre i 58/2010, de 4 d'octubre) i la no validesa de les trucades telefòniques per

¹¹² El Tribunal El Tribunal Constitucional ha resolt reiteradament sobre els recursos relatius a la Sentència 40/2020, de 7 de febrer, fins al 20 d'abril de 2021 en les Sentències: STC 43/2020, de 9 de març, 50/2020, de 15 de juny, 52/2020, de 15 de juny, 53/2020, de 15 de juny, 54/2020, de 15 de juny, 55/2020, de 15 de juny, 56/2020, de 15 de juny, 57/2020, de 15 de juny, 58/2020, de 15 de juny, 59/2020, de 15 de juny, 60/2020, de 15 de juny, 61/2020, de 15 de juny, 63/2020, de 15 de juny, 69 / 2020, de 29 de juny, 70/2020, de 29 de juny, 73/2020, de 29 de juny, 75/2020, de 29 de juny, 76/2020, de 29 de juny, 77/2020, de 29 de juny, 92/2020, de 20 de juliol, 93/2020, de 20 de juliol i 94/2020, de 20 de juliol, 111/2020, de 21

transmetre una notificació ja que no hi ha constància fefaent de la remissió i recepció íntegres i de el moment en què es van fer (STC 94/2005, de 18 d'abril).

Al resoldre la qüestió plantejada el Tribunal Constitucional conclou que la previsió d'apartat tercer de l'article 152.2 LEC¹¹³ és constitucional perquè no considera que aquest "avís" sigui un acte de notificació, ja que no concorren els caràcters que s'han exposat. Per això considera que l'acte de notificació és la transmissió electrònica i no l'avís del seu enviament a través de correu electrònic. Finalment analitza l'obligació dels representants legals d'accedir diàriament a el sistema lexnet i no el considera desproporcionat, estenent aquesta consideració a les persones obligades a comunicar-se amb l'Administració de Justícia per mitjans electrònics.

La doctrina del tribunal Constitucional exposada en la Sentència 6/2019, de 17 de gener, se centra en la constitucionalitat de les notificacions que es realitzen als professionals que es relacionen amb l'Administració de Justícia com a procuradors, advocats o graduats socials.

Una qüestió diferent es planteja quan ens trobem davant la primera comunicació d'un procés judicial. L'article 155.4.2 LEC preveu que quan l'acte de comunicació tingui per objecte posar en coneixement el procés a la part demandada i la primera compareixença o la realització d'actes personals, si no consta la recepció de la notificació es procedirà a la notificació mitjançant lliurament prevista a l'article 158 LEC.

El Tribunal Constitucional ha dictat la Sentència número 47/2019, de 8 d'abril, que estima un recurs d'empara que es va interposar per una empresa demandada en un procés social per acomiadament en què es va realitzar la notificació mitjançant la remissió pel Jutjat un correu electrònic a l'adreça designada per la part actora en la demanda, sense que constés la seva recepció. Després del plantejament de l'incident de nul·litat d'actuacions per l'empresa demandada i l'esgotament dels recursos ordinaris va interposar recurs d'empara al·legant la vulneració de l'article 24 de la Constitució Espanyola ja que la forma en què s'havia realitzat la notificació li havia generat indefensió ja que

Setembre. 118/2020, de 21 de setembre de 127/2020, de 21 de setembre de 130/2020, de 21 de setembre de 128/2020, de 6 d'octubre de 139/2020, de 6 d'octubre de 158/2020, de 4 de novembre de 170/2020, 16 novembre, 174/2020, 30 novembre, 175/2020, 30 novembre, 176/2020, 30 novembre, 188/2020, 14 desembre, 9/2021, 25 gener, 10/2021 de 25 gener 30/2021 de 15 febrer 32/2021 de 15 febrer 31/2021 de 15 febrer 44/2021 de 3 març 45/2021 de 3 març 46/2022 1 2021, 3 març, 47/2021, 3 març, 49/2021, 3 març, 56/2021, 15 març, 58/2021, 15 març, 59/2021, 15 març i 62/2021 , 15 de març.

¹¹³ Aquest precepte preveu l'enviament d'un avís a el destinatari de l'acte de comunicació que s'ha efectuat la transmissió electrònica i les conseqüències de l'omissió.

no va tenir coneixement del procés, de manera que no va poder exercir el seu dret de defensa.

Després d'analitzar la legislació aplicable, especialment els articles 155 i 273.4 LEC, a més dels articles 53.1 i 56.1 de la Llei de la Jurisdicció Social, arriba la conclusió que s'ha generat indefensió perquè l'òrgan jurisdiccional " *al realitzar la selecció normativa per resoldre l'incident de nul·litat d'actuacions errar a l'atribuir un determinat contingut als arts. 53.1 i 55 LJS. D'altra banda, va ometre la presa en consideració de preceptes estretament vinculats amb els actes de comunicació que constitueixen el primer emplaçament o citació del demandat, malgrat que l'objecte principal de l'esmentat incident versava, precisament, sobre la manera en què va ser realitzada la citació de la part demandada per als actes de conciliació i judici a l'atribuir un determinat contingut als articles 53.1 i 55 LJS* ".

A continuació, desenvolupa el deure de diligència de l'òrgan jurisdiccional per realitzar l'acte de notificació i afirma que " *en el present cas es va optar per una modalitat de comunicació processal que, com hem advertit, no és prevista per als actes que constitueixen el primer emplaçament o citació dels demandats. I tot i haver-se constatat que la citació efectuada en l'adreça electrònica habilitada no va ser retirada per la interessada, en el termini de tres dies hàbils a partir de la recepció, no es van esgotar les possibles vies existents per aconseguir l'efectivitat de la notificació, com així ho exigeix l'art. 53.1 LJS, per a això simplement hauria hagut prou procedir de la manera que preveu l'art. 56.1 LJS; és a dir, practicar la comunicació per correu certificat amb justificant de recepció al domicili indicat en l'escrit de demanda. Per tant, hem de concloure que, ni l'actuació precedent de l'Oficina Judicial ni l'argumentació donada per òrgan judicial al resoldre l'incident de nul·litat s'acomoden a les exigències establertes per la nostra doctrina atinent al dret a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relació amb les garanties que han de revestir els actes de comunicació processal, a fi d'evitar la indefensió de l'afectat* ".

Per tot això estima el recurs d'empara i declara que ha estat vulnerat el dret fonamental del demandant d'empara a la tutela judicial efectiva sense indefensió¹¹⁴.

¹¹⁴ Posteriorment reitera aquesta doctrina: en l'ordre social en les sentències 102/2019, de 16 de setembre, 150/2019, de 25 de novembre, 7/2020, de 27 de gener, 3/2020, de 15 de juny , 72/2020, de 29 de juny i 77/2020, de 29 de juny; en un procés concursal en les sentències 129/2019, de 11 de novembre i 95/2020, de 20 de juliol; en l'ordre civil s'han dictat les sentències 122/2019, de 28 d'octubre en l'àmbit d'un procediment monitori i 88/2020, de 2020 en un judici ordinari de reclamació de quantitat, a més de les ja en l'àmbit de recursos contra la notificació electrònica de l'inici del procés d'execució hipotecària i requeriment de pagament.

D'aquesta forma la doctrina del tribunal Constitucional sobre els actes de notificació electrònica és:

- Que de conformitat amb el que preveu l'article 155.4 LEC la notificació de la demanda que tingui per objecte la personació en judici o intervenció personal de les parts en determinades actuacions processals i no consta la recepció per l'interessat s'ha de fer de conformitat amb l'article 158 LEC, és a dir, mitjançant lliurament en el domicili de la persona que hagi de ser notificada, requerida, citada o emplaçada
- Que no és suficient la remissió de la notificació per mitjans electrònics, informàtics i similars (art. 162 LEC), llevat que hi hagi constància de la seva recepció. És a dir, a aquests actes no és d'aplicació la previsió de l'article 162.3 LEC que presumeix que "*quan constant la correcta remissió de l'acte de comunicació pels esmentats mitjans tècnics, excepte els practicats a través de serveis de notificacions organitzats pels col·legis de procuradors, transcorreguessin tres dies sense que el destinatari accedeixi al seu contingut, s'entendrà que la comunicació ha estat efectuada legalment desplegant plenament els seus efectes*".
- Que l'avís de la recepció d'una notificació electrònica que preveu l'article 152.2 if LEC no és preceptiu perquè aquesta es consideri vàlidament realitzada.

Aquesta doctrina ha estat reiterada pel Tribunal Constitucional en una sèrie de sentències que tenen el mateix origen i que s'inicia amb la Sentència 40/2020, de 25 de febrer.

4.3.2. LA NO INDICACIÓ DEL CORREU ELECTRÒNIC EN L'ESCRIT DE DEMANDA.

L'article 399 LEC, al regular la forma i contingut de la demanda, exigeix que el demandant consignï "*les dades i circumstàncies d'identificació de l'actor i del demandat, i el domicili o residència en què puguin ser emplaçats*". Aquesta obligació legal la concreta l'article 155 LEC en què no n'hi ha prou que es designi el domicili, sinó que en l'apartat segon de l'apartat 2 afegeix que "*així mateix, el demandant ha d'indicar totes les dades que conegui de 'demandat i que puguin ser d'utilitat per a la localització d'aquest, com números de telèfon, de fax, adreça de correu electrònic o similars, que s'utilitzaran amb subjecció al que disposa la Llei 18/2011, de 5 de juliol, reguladora de l'ús de les tecnologies de la informació i la comunicació en l'Administració de Justícia*".

Des de la perspectiva judicial l'obligació que imposa l'article 155.2.2 LEC a la part actora està sent valorat pels Tribunals. Així la Sala del Civil del tribunal Suprem ha dictat les sentències nombre 4081/2017, de 15 de novembre, i 406/2018, de 14 de febrer, en què estimen dues demandes de revisió en sengles processos de desnonament per falta de pagament de un bé immoble arrendat perquè el procés es va seguir en rebel·lia i la part actora no va facilitar el correu electrònic dels demandats tot i que era la forma normal de comunicar-s'hi. La Sentència de la Sala del Civil del tribunal Suprem nombre 406/2018, de 14 de febrer afirma que:

"En contra del que sustentat per la demandada de revisió, cal reiterar que comunicar al jutjat l'adreça electrònica de l'arrendatari, als efectes de la notificació, no constitueix o representa un plus o exigència desorbitant per a l'arrendador, sinó el compliment del seu deure de col·laboració amb els òrgans judicials. Pel que en el present cas, cal apreciar l'existència de la maquinació fraudulenta sol·licitada".

La Sentència de la Sala Civil nombre 4081 (/ 2017, de 15 de novembre, declara argumenta com *ràtio decidenci* que:

" El segon apartat de l'art. 155.2 LEC estableix que «el demandant ha d'indicar totes les dades que conegui del demandat i que puguin ser d'utilitat per a la localització d'aquest, com números de telèfon, de fax, adreça de correu electrònic o similars». En aquest cas, la indicació del correu electrònic era molt rellevant, perquè era la manera de comunicació habitual entre les parts i l'arrendadora era conscient que l'arrendatària, per raons d'edat, personalitat, desconfiança, etc., no atenia altres mitjans de comunicació.

És cert que abans d'interposar la demanda es enviar tres correus electrònics a la Sra. Lídia que no van ser contestats. Però això no rellevava a la demandant de desnonament de la seva obligació legal de comunicar l'adreça de correu electrònic; sobretot si en la demanda ni tan sols es feia esment a aquestes comunicacions fallides i només es va fer esment a l'enviament d'un burofax. A part que, com es va posar de manifest en l'acte de la vista i es comprova documentalment, la Sra. Lidia havia acordat comunicar-se per correu electrònic amb el Sr. Juan Ramón i els correus electrònics fallits els hi va enviar una empleada, pel que era el nom d'aquesta el que apareixia a la safata de correu electrònic".

En totes dues sentències s'estima la revisió al considerar el tribunal que concorren els requisits que preveu l'article 510.4º LEC. Per a això argumenta en les dues sentències que " *aquesta sala ha afirmat en múltiples resolucions que una de les manifestacions de la maquinació fraudulenta que permet la revisió de la sentència és aquella en què incorre qui exercita una acció judicial quan amaga el domicili de la persona contra la que va dirigida, a fi que se li s'emplaci o citi per edictes i se substanciï el procediment en rebel·lia (SSTS 129/2016, de 3 de març; 442/2016, de 30 de juny; 639/2016, de 26 d'octubre ; 34/2017, de 13 de gener; 346/2017, d'1 de juny, i 451/2017, de 13 de juliol, per citar només algunes de les més recents). Aquesta causa de revisió ha estat relacionada per la jurisprudència amb el dret a la tutela judicial efectiva i amb el caràcter subsidiari que, segons la jurisprudència constitucional, ha de tenir l'emplaçament o citació per edictes, de tal manera que només cal acudir a ell com a última solució quan no es coneix el domicili de la persona que hagi de ser notificada o s'ignora el seu parador per haver canviat de domicili "*.

Aquestes Sentències de la Sala del Civil del tribunal Suprem són conseqüents amb la doctrina jurisprudencial anterior d'aquest mateix Tribunal i amb la interpretació restrictiva que realitza el Tribunal Constitucional de la notificació edictal. Així s'han declarat en múltiples ocasions la nul·litat d'actuacions perquè no es van esgotar les possibilitats de notificació personal abans d'acudir a la edictal, que no deixa de ser una comunicació fictícia. Així la Sentència de la Sala del Civil del tribunal Suprem nombre 65/2019, de 31 de gener, declara la nul·litat d'actuacions en un procés d'execució hipotecària perquè el demandant no havia notificat a l'òrgan judicial un domicili del demandat en el qual havia realitzat de forma extrajudicial comunicacions amb èxit. Argumenta que:

"La sentència que la seva cassació es pretén s'oposa a la doctrina jurisprudencial del tribunal Suprem. Així la STS, Sala Civil, 846/1993, de 24 de juliol de 1993, apel·lació 1046/1996, resumeix la jurisprudència constitucional relativa a la citació edictal. De la mateixa manera la STS, Sala Civil, 144/2014, de 13 de març, recurs d'apel·lació 755/2012, recull la doctrina jurisprudencial relativa a l'exigència de la correcta realització dels actes de comunicació. Així mateix, la STS, Sala Civil 825/2013, de 13 de març de 2014, recurs d'apel·lació 11/2012, assenyala el caràcter subsidiari que, segons la jurisprudència constitucional ha de tenir l'emplaçament o citació per edictes, finalment, la sentència de TC , Sala Primera, 104/2008, recurs d'empara 2754/2005, que obra en actuacions per haver estat aportada amb l'escrit de demanda de judici ordinari en

exercici de l'acció de nul·litat del procediment d'execució dinerària sobre béns hipotecats ".

Per això, l'actor té l'obligació legal d'indicar l'adreça de correu electrònic on la part demandada pugui ser localitzada en l'escrit de demanda. Tal com preveu l'article 155.2 LEC el demandant ha de designar " *totes les dades conegui del demandat i que puguin ser d'utilitat per a la localització d'aquest, com números de telèfon, de fax, adreça de correu electrònic o similars ".*

Així en el cas en què no es facilités el correu electrònic d'un demandat que tingués l'obligació de comunicar-se per mitjans electrònics amb l'Administració de Justícia hauria de requerir a la part actora perquè ho facilités en un termini de cinc dies i si no tingués coneixement que es pogués consultar a través d'el punt neutre judicial. Només en el cas en què fos impossible aportar hauria al·legar el seu desconeixement perquè en cas necessari l'Òrgan Judicial procedís a la seva investigació requerint a altres administracions públiques les dades electròniques de notificació que ha indicat la persona obligada a comunicar-se per aquest mitjà amb l'Administració. Els casos més habituals seria fer l'ofici a l'Agència Estatal de l'Administració Tributària, amb la qual es realitzen comunicacions de forma periòdica, o amb registres oficials com el Registre Mercantil en el cas de societats de capital.

4.3.3. LA NEGATIVA A REBRE UNA COMUNICACIÓ ELECTRÒNICA.

Actualment a les relacions entre les persones és habitual l'ús del correu electrònic o d'altres mitjans com a sistemes de missatgeria a través de telèfon mòbil. Traslladat al procés el normal és que les parts hagin tingut relació prèvia a través del correu electrònic per intercanviar aspectes relatius a la qüestió que s'ha judicialitzat. És un criteri de normalitat en la realitat social que quan es signa un contracte les parts intercanviïn informació relativa a aquest a través de correu electrònic o quan sorgeix alguna qüestió que s'informi d'ella a l'altra part per aquest mitjà. És a dir, el sistema de comunicació consistent en la remissió de cartes postals ha quedat relegada a aquells casos en què es vol deixar constància del contingut de la comunicació i de la recepció, el que s'aconsegueix a través del burofax amb certificat de contingut i justificant de rebut o a través d'un requeriment fefaent realitzat per un notari. I aquests sistemes es van relegant en alguns àmbits a través dels certificats externs de el contingut dels correus electrònics.

Aquesta realitat hem de traslladar-la al procés. Una de les principals patologies del procés és el retard que implica la realització de les notificacions. Al meu entendre seria desitjable que es prevalgués la notificació a través de correu electrònic al demandat no personat en aquells casos en què la part demandada tingui l'obligació de comunicar-se per mitjans informàtics amb l'Administració de Justícia. Legalment està previst, però no s'utilitza judicialment. Les causes són múltiples i crec que se centren d'una banda en la manca de col·laboració de la part demandant que no facilita el correu electrònic dels demandats, de manera que l'òrgan judicial ha de realitzar la notificació mitjançant lliurament de la cèdula al domicili físic de la part demandada. D'altra també ens enfrontem a la reticència dels òrgans judicials que entenen que menyscaben el dret de defensa.

A més, seria desitjable que des de la perspectiva judicial es sancionés la negativa de la demandada que té l'obligació de comunicar-se electrònicament amb l'Administració de Justícia. Una manera seria a través de la declaració de temeritat a l'efecte d'imposició de costes, encara que en la pràctica té escassa incidència pràctica excepte en els procediments en els quals no és necessària la postulació processal.

Una altra forma de sanció processal seria que la diligència negativa de notificació electrònica fora valorada pels tribunals per adoptar mesures cautelars inaudita part i que per acreditar la concurrència del *periculum in mora*¹¹⁵. Aquest mecanisme implicaria una actitud activa de la part actora que hauria de sol·licitar la mesura cautelar inaudita part sol·licitant que s'adoptés inaudita part i es valorés a l'efecte d'acreditar el *periculum in mora* que ha de concórrer la no recepció de la notificació electrònica per la persona que està obligada a comunicar-se per aquest mitjà amb l'Administració de Justícia. A la pràctica judicial ja es valora a efecte de considerar acreditat el *periculum in mora* per adoptar la mesura cautelar o per justificar la seva tramitació inaudita part quan s'intenta la notificació en el domicili social d'una societat mercantil i aquesta és negativa. Entenc que seria desitjable estendre-ho a la notificació electrònica.

Com he indicat de *lege data* ja és possible adoptar aquestes mesures, però davant la falta d'aplicació pels tribunals, seria desitjable que es regulés legislativament aquestes opcions. És qüestió de temps que el procés judicial s'adapti a les noves formes de comunicació que són predominants en la societat, però fins que es produeixi la reforma legislativa la responsabilitat per a

¹¹⁵ Sobre les mesures cautelars veure el meu treball *Las medidas cautelares en el proceso civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2012.

l'agilització del procés és compartida: per una banda de la part demandant que ha de facilitar el correu electrònic a la demanda i sol·licitar que s'intenti en primer lloc la notificació per aquest mitjà i que ha de sol·licitar l'adopció de mesures cautelars en el cas en què la diligència fos negativa i haguéssim de recórrer a altres mitjans; i per part dels tribunals prevalent aquesta forma de comunicació i valorant la negativa a ser notificat electrònicament per la part que té l'obligació legal de comunicar-se per aquesta via i adoptar les mesures cautelars sol·licitades per la part demandant o als efectes d'imposició de costes.

4.4. LES CONSEQÜÈNCIES PROCESSALS DELS ERRORS EN LES COMUNICACIONS ELECTRÒNIQUES.

Una altra de les qüestions problemàtiques que s'han suscitat han estat els errors de part en la realització de les notificacions electròniques. Les comunicacions electròniques a través del sistema lexnet, o qualsevol dels existents a les comunitats autònomes que tenen la competència legislativa en l'àmbit de l'Administració de Justícia i han creat el seu propi sistema, es realitzen a través d'un formulari i el document annex que seria l'escrit de part que es presenta.

En el formulari s'ha d'indicar el número de procediment i tràmit que es realitza. La qüestió que s'ha suscitat en la pràctica són les conseqüències de l'error de part en la consignació d'algun dels camps obligatoris del formulari.

Els errors que hi pugui haver comès la part al presentar un escrit en el contingut de la mateixa al designar, per exemple, el nombre de procediment, ja ha estat resolt pel Tribunal Constitucional en una doctrina consolidada. Així la Sentència de la Sala Segona del tribunal Constitucional 55/2019, de 6 de maig, afirma en el fonament de dret 2a) que:

"Hem fixat dues regles: la primera, si l'omissió o l'error en la identificació és determinant de la no incorporació, la part incorre en falta de diligència, excloent de la lesió de el dret a la tutela judicial efectiva garantit a l'article 24.1 CE ; mentre que si consten altres dades que raonablement permetin la unió de l'escrit a les actuacions corresponents, la responsabilitat es desplaça a l'òrgan judicial. I, la segona, que la insuficient identificació que tingui el escrit de personació és un defecte esmenable, fins que no adquireixi fermesa la resolució judicial que declari acabat el tràmit "

Aquesta doctrina l'aplica el Tribunal Constitucional a les comunicacions electròniques. Aquesta Sentència resol un recurs d'empara contra un decret de Lletrat de l'Administració de Justícia que resol un recurs de reposició contra la diligència d'ordenació que inadmet la impugnació d'un recurs de cassació per a la unificació de doctrina en l'ordre social a l'haver marcat en el formulari electrònic per error la casella de que el recurs era una cassació laboral. El Tribunal Constitucional estima el recurs d'empara interposat contra aquesta resolució, argumentant en el fonament de dret 5 que:

"La modernització de l'Administració de Justícia mitjançant la generalització en l'ús de les noves tecnologies i, en el que aquí ens afecta a través de les comunicacions electròniques processals, no constitueix un fi en si mateix sinó un instrument per facilitar el treball tant de l'òrgan judicial, com dels Justificables que actuen en els processos a través dels professionals designats o directament per ells quan aquests últim és possible. No poden en cap cas erigir aquests mitjans tecnològics en impediment o obstacle per a l'obtenció de la tutela judicial a la qual totes les persones tenen dret".

A continuació, distingeix entre el formulari electrònic que ha de completar-se per remetre una comunicació i l'escrit processals remès. Afirma que " *el formulari normalitzat té un paper accessori, de facilitació de la comunicació electrònica però no esdevé condicionant de la validesa de l'escrit processal remès (l'escrit principal carregat amb aquest). És l'escrit d'impugnació de el recurs de cassació redactat i carregat amb lexnet, el que havia de ser examinat per la secretaria de la Sala, amb vista a dilucidar si permetia tenir-lo per rebut i unir-lo a les actuacions d'un dels seus procediments*".

El Tribunal Constitucional també s'ha pronunciat sobre el funcionament de la plataforma electrònica en la Sentència de la Sala Primera nombre 61/2019, de 6 de maig. En aquest cas no es va poder adjuntar electrònicament uns documents a l'escrit d'al·legacions de defensa, per la qual cosa es va remetre per fax a l'jutjat que no els va adjuntar. En aquest cas el Tribunal Constitucional estimo el recurs d'empara al considerar que la part va ser diligent en la presentació dels escrits al remetre'ls per fax davant la impossibilitat de adjuntar-los a la tramesa electrònica de les al·legacions. Per això considera que " *s'ha d'excloure qualsevol tipus de passivitat, error tècnic, negligència o imperícia de la demandant d'empara i dels professionals que la van assistir tenint en compte que estan acreditats els intents del seu Lletrat per fer arribar a l'jutjat les al·legacions i documents acreditatiu, mentre que el jutjat no va desplegar la*

mateixa diligència, doncs sent inqüestionable que a el menys va rebre l'escrit d'al·legacions, en el qual es feia referència a una sèrie de documents que acreditarien cada un dels extrems invocats en l'escrit, hauria d'haver adoptat les mesures necessàries per poder disposar tant d'aquestes al·legacions com dels documents que les acompanyaven ".

La sentència esmentada estima el recurs d'empara, però no fa cap referència a la comunicació electrònica més que la que s'ha transcrit. El rellevant és que davant el mal funcionament de la plataforma electrònica és la part la que ha d'actuar de forma diligent i realitzar la comunicació processal per altres vies, havent d'acreditar els intents realitzats.

5. LA PROVA ELECTRÒNICA.

5.1. INTRODUCCIÓ.

És habitual que, en les nostres activitats quotidianes, tant a nivell personal com professional, utilitzem mitjans de comunicació electrònics. Això s'estén tant als contactes amb les persones del nostre entorn com per a l'adquisició de productes o tenir relacions comercials. Això provoca que una gran part de les fonts de prova que es generen poden qualificar-se com electròniques¹¹⁶.

El repte del procés judicial és permetre que aquestes tinguin accés a través dels mitjans de prova. Amb la vigència de la Llei d'enjudiciament civil de 1881 la forma d'aportar al procés les fonts de prova electròniques era a través de la prova documental¹¹⁷. SERRA DOMÍNGUEZ afirmava a l'analitzar el 1981 els mitjans moderns de reproducció, que no "poden considerar-se proves autònomes, sinó simples especialitats o variants de mitjans de prova que regula la Llei, principalment de la prova documental, però també, pel que fa als mitjans de reproducció mitjançant la imatge, de el reconeixement judicial ". Tal com afirma a continuació "l'important en la prova documental o és tant l'escriptura en si com la representació d'uns fets. El caràcter representatiu i reproductiu, unit a la seva

¹¹⁶ Tal com indica DE BUENO MATA serà la prova clau als diferents ordres jurisdiccionals (en Prueba electrónica y proceso, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, TOL4.147.241 Doctrina, p. 21 de la versió digital).

¹¹⁷ Veure l'anàlisi que van efectuar amb la vigència de la LEC de 1881 MONTON REDONDO REDONDO (*los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977) y VILABOY LOIS y GONZÁLEZ PILLADO (*la prueba por medio de los modernos avances científicos-tecnológicos en el proceso civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1993).

finalitat de preconstitució d'uns fets, és el que justifica la prova documental i explica la seva regulació actual "¹¹⁸.

5.2. REGULACIÓ LEGAL.

La Llei d'Enjudiciament Civil actualment vigent és conscient d'aquesta circumstància i en l'article 299.2 de la LEC preveu que "també s'admeten, de conformitat amb el que disposa aquesta Llei, els mitjans de reproducció de la paraula, el so i la imatge, així com els instruments que permeten arxivar i conèixer o reproduir paraules, dades, xifres i operacions matemàtiques portades a terme amb fins comptables o d'una altra mena, rellevants per al procés"¹¹⁹.

La pràctica d'aquest mitjà de prova es desenvolupa posteriorment en els articles 382-284 LEC. Aparentment el legislador distingeix entre la reproducció de les "paraules, imatges i sons captats mitjançant instruments de filmació, enregistrament i altres de semblants" (art. 382 LEC) i l'examen pels mitjans adequats de "els instruments que permetin arxivar, conèixer o reproduir paraules, dades, xifres i operacions matemàtiques". Conseqüentment la primera classificació abans d'abordar la qüestió hem de fer-la entre els mitjans audiovisuals i els instruments informàtics.

Posteriorment s'han actualitzat les lleis processals per incorporar la prova tecnològica en el procés, tant civil com penal¹²⁰. També s'ha aprovat la llei 42/2015, que ha pretès regular el procés telemàtic a Espanya. Però no resol l'aportació de les fonts de prova electrònica a el procés.

¹¹⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo XVI, vol. 2º, dir. Manuel Albaladejo, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 93. Publicado más recientemente en "la prueba de las obligaciones", en Estudios de Derecho Probatorio, edit. Communitas, Lima, 2009, p. 160.

¹¹⁹ Veure àmpliament BENNASAR (La validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal, Valladolid, 2010), ILLAN FERNÁNDEZ (La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil, Pamplona, 2009), NIEVA FENOLL (en "la prueba en documento multimedia", en Instituciones del Nuevo Proceso Civil, Barcelona, 2000, tomo II, pp. 441 y ss; y "Práctica y valoración de la prueba documental multimedia", en Diario La Ley, año 2009, referencia R1876, versión electrónica), ORMAZABAL SÁNCHEZ (La prueba documental y los medios e instrumentos idoneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos, Madrid, 2000) y SANCHIS PRIETO y CHAVELI DONET (La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivos en la LEC 1/2000, Valencia, 2002)

¹²⁰ El procés civil es va reformar per la Llei 42/2015 i el procés penal per la Llei Orgànica 13/2015, de 5 d'octubre, de modificació de la Llei d'enjudiciament criminal per a l'enfortiment de les garanties processals i la regulació de les mesures d'investigació tecnològica i la Llei 42/2015, de 5 d'octubre, de modificació de la Llei d'enjudiciament criminal per a l'agilització de la justícia penal i l'enfortiment de les garanties processals.

La regulació és escassa si es compara amb la resta de mitjans de prova, fonamentalment amb el que està més pròxim i que al meu entendre no és més que una especialitat, com és la prova documental¹²¹. A la pràctica dels tribunals l'aportació de la prova electrònica es realitza aplicant analògicament els criteris d'aquest mitjà de prova¹²². És cert que hi ha especialitats, però les mateixes deriven de la forma d'accedir a el suport i no del seu contingut.

5.3. NATURALESA JURÍDICA. ENTRE LA PROVA DOCUMENTAL I LA PROVA ELECTRÒNICA AUTÒNOMA.

Sobre la distinció entre la prova documental i l'electrònica, SERRA DOMÍNGUEZ ens indicava que hi ha tres nocions de documents: una postura àmplia que considera com a document "qualsevol objecte físic moble que pugui ser traslladat a presència judicial, independentment del seu caràcter escrit o representatiu" ; una altra que considera que és tot objecte material representatiu d'un fet d'interès per al procés, el que inclouria tant l'escriptura com els moderns mitjans reproductius ja que l'important és tant la grafia com la representació; i els que ho redueixen a tot objecte escrit, sense importar el suport material i llenguatge gràfic utilitzat. A continuació, SERRA DOMÍNGUEZ afirma que la LEC 2000 es va inclinar pel concepte estricte de document. Finalment critica la limitació de el document a la representació escrita i conclou que "fins i tot dins del nostre dret positiu no veiem cap inconvenient a assimilar el tractament de la prova documental no escrita a el de la prova documental escrita"¹²³.

¹²¹ NIEVA FENOLL realitza una anàlisi de les analogies i diferències entre el document i el suport multimèdia i arriba a la conclusió que aquestes últimes no són tals, de manera que opta per utilitzar el terme de document multimèdia (op. Cit., pàg. 450). En el mateix sentit es pronuncia RAMOS MÉNDEZ afirmant que "en principi, el fet el canvi de suport podria ser irrellevant pel que fa a les repercussions probatòries. L'important dels mitjans de prova és la seva capacitat per transmetre dades i elements de judici, que el Tribunal pugui assumir, escoltar o percebre per formar la seva convicció sobre el cas. Des d'aquest punt de vista, ens trobaríem simplement davant d'una nova modalitat de documents "(en *Enjuiciamiento Civil* , edit. Atelier, Barcelona, 2008, tom I, pàg. 778).

També considera que ens trobem davant d'una prova documental ABEL LLUCH, però afirma que cal reformular el concepte de document partint que és un document representatiu d'un fet d'interès per al procés, comprensiu d'una unitat d'informació i de naturalesa moble (en *Derecho Probatorio* , edit. José María Bosch, Barcelona, 2012, pp. 921 i ss.). De la mateixa manera s'havia pronunciat anteriorment SANCHIS PRIETO, que defensava una ampliació del concepte de document (en *la prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivos en la LEC 1/2000*, edit Tirant lo Blanch, València, 2002, referència TOL 234.88).

¹²² RAMOS MÉNDEZ, loc. Cit. Idem MONTERO AROCA, en "Capitulo 34. Otros medios de prueba", en *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, 2016, edit. Tirant lo Blanch, Referencia TOL4.091.455.

¹²³ SERRA DOMÍNGUEZ, "la prueba documental", en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, edit. Difusión, Barcelona, 2001, p. 237. Tambien en *Estudios de Derecho Probatorio*, cit., pp. 212 y 213

Tal com indicava NIEVA FENOLL el legislador tenia dues opcions al regular la prova electrònica: considerar que eren els documents del segle XXI i reformular la prova documental; o constituir un mitjà de prova autònom de la documental. En aquest sentit DE LA OLIVA SANTOS¹²⁴ i ORMAZABAL SANCHEZ¹²⁵ consideren que són dos mitjans de prova diferents¹²⁶ a l'entendre que el document es limitava a la representació escrita.

La discussió sobre la naturalesa jurídica de el document electrònic pot semblar irrellevant, però considero que cal delimitar-perquè la prova electrònica, si es considera un mitjà de prova autònom, està regulada d'una manera deficitària¹²⁷. Els articles 382 a 384 LEC preveuen la forma en què es va a practicar la prova electrònica en el procés judicial havent d'aportar la transcripció escrita de les paraules (art. 382 LEC), l'acta i la custòdia dels materials (art. 383 LEC) i l'examen dels instruments que permetin arxivar, conèixer o reproduir dades rellevants per al procés (art. 394 LEC). És a dir, no es realitza una regulació completa d'un mitjà de prova sinó determinades especialitats que deriven del suport electrònic. Tot això em ratifica en la conclusió que aquests preceptes complementen a la resta de mitjans de prova que poden ser aportats

¹²⁴ DE LA OLIVA SANTOS defensa un concepte restringit de document que concep com "l'objecte material que incorpora la redacció d'un pensament o acte humà". Per a ell ha de mantenir-se per la característica de l'autenticitat (en *Curso de Derecho Procesal Civil*, edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 154 i 155). A continuació, analitza el document electrònic i la signatura electrònica i no el considera com a document sinó com a "instrument que permeten arxivar i conèixer o reproduir paraules, dades, xifres" (op. Cit., Pàg. 162).

¹²⁵ ORMAZABAL SANCHEZ, en *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, edit. La Ley, Madrid, 2000, pp. 3 y ss. Tambè en "Informática y prueba judicial. Especial referencia a la firma electrónica", a *Empresa y prueba informática*, dir. Abel Lluch, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 43 y ss.

¹²⁶ Veure l'anàlisi que efectua ARRABAL PLATERO, (en *La prueba electrónica: aportación, práctica y valoración*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 35) i BUENO MATA (en *Prueba electrónica y proceso 2.0. especial referencia al proceso civil*, edit. Tirant lo Blanch, 2014, ref. TOL4.147.241 Doctrina).

¹²⁷ ABEL LLUCH analitza el règim jurídic de la prova electrònica atenent a la seva aportació, perdurabilitat (conservació), el procés de verificació, la pràctica, eficàcia probatòria i la impugnació (en *Derecho Probatorio*, cit., Pp. 951 i ss.). Aquest hauria de ser el contingut mínim de la regulació com a mitjà de prova autònom. A més, s'hauria de tenir en compte que la font de prova tecnològica pot ser objecte de prova i mig de prova (en aquest sentit veure l'anàlisi que efectua ALONSO-Cuevillas Sayrol, " Internet i prueba civil", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2001, número 4, pp. 138 i ss.).

en format electrònic, especialment a la prova documental¹²⁸ però que es podria estendre també a la prova pericial o la inspecció personal del jutge¹²⁹.

El que és cert és que els articles 382 a 384 LEC han permès que es superin les dificultats que es van plantejar amb l'aportació de les fonts de prova electrònica al procés abans de la seva aprovació¹³⁰

Finalment, les raons pràctiques s'han hagut d'imposar sobre qüestions merament dogmàtiques. La Llei 34/2002, de 11 de juliol, de Serveis de la Societat de la Informació que, en la seva exposició de motius, apartat IV, declara que una de les seves finalitats és afavorir la celebració de contractes per via electrònica assegurant "l'equivalència entre els documents en suport paper i els documents electrònics a l'efecte de compliment del requisit de forma escrita que figura en diverses lleis", contenint diverses obligacions dels prestadors dels serveis. D'altra banda la Llei 59/2003, de 19 de desembre, de signatura electrònica, regula els documents signats electrònicament preveient en l'article 3.8 que "el suport en què es trobin les dades signades electrònicament és admissible com a prova documental en judici"¹³¹. De la mateixa manera a la LEC trobem referències a el document electrònic en l'article 318, 319 i 326.3.

Tal com afirma COLOMER HERNÁNDEZ d'una banda la tradició històrica, especialment en la jurisprudència, que ha defensat l'assimilació d'aquests mitjans de prova amb la documental i la tasca de legislador en el seu intent de potenciar les transmissions electròniques ha elaborat un concepte ampli de document electrònic¹³².

Una altra qüestió al marge de l'anterior és que hi ha moltes fonts de prova de caràcter electrònic que accediran a el procés judicial no a través de la prova documental ni el de la prova electrònica, sinó a través d'altres mitjans de prova

¹²⁸ L'exposició de motius de la LEC sembla avalar aquesta interpretació ja que afirma en l'epígraf XI que "la utilització de nous instruments probatoris com a suports, avui no convencionals, de dades, xifres i comptes, als quals, en definitiva, calgui atorgar una consideració anàloga a la de les proves documentals ". No obstant això, és contradictori amb el concepte de document que regula, que aparentment és només l'escrit (DE LA OLIVA SANTOS -loc.cit.- i ORMAZABAL SÁNCHEZ -loc.cit.-).

¹²⁹ ALONSO Cuevillas Sayrol (op. Cit., Pp. 138 i ss.) I ABEL LLUCH (op. Cit., Pp. 932 i ss.).

¹³⁰ En aquest sentit CUCARELLA GALIANA, en *Derecho Procesal Civil*, 15ª edició, edit. Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 347.

¹³¹ Veure ABEL LLUCH, *Derecho Probatorio*, cit., pp. 1000 y ss.

¹³² COLOMER HERNÁNDEZ, "Capítulo X. la prueba tecnológica", en *La prueba (civil)*, dir. Romero pradas y González Cano, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 (TOL6.433.965), p. 4 de la edició digital.

com la inspecció personal del jutge¹³³. L'habitual és que la forma mitjançant la qual s'introdueix la font de prova electrònica serà a través de la documental en sentit ampli, sense perjudici que pugui ser corroborada a través d'altres mitjans de prova com els indicats.

També he d'aclarir que cal distingir entre la prova electrònica o documental electrònica i la utilització de mitjans electrònics per a practicar altres mitjans de prova. Així per exemple s'ha plantejat la inspecció personal de el jutge perquè visiti determinades pàgines web¹³⁴ o pugui analitzar la situació d'un bé immoble en el seu entorn físic utilitzant aplicacions informàtiques que permeten l'accés a mapes per satèl·lit, com Google Maps¹³⁵. Una altra opció serà la pràctica de la prova testifical o de declaració i part a través de videoconferència. L'aplicació de la tecnologia al procés judicial va més enllà de l'aportació de les fonts de prova tecnològiques a través dels mitjans de prova, ja que inclou la pràctica d'aquests a través dels mitjans tècnics existents.

En tot cas, en l'actualitat legislativa ens trobem davant de tres mitjans de prova amb una regulació diferenciada:

- El document electrònic.
- La prova audiovisual.
- La prova d'instruments.

El primer es desenvolupa a la Llei de Serveis de la Societat de la Informació i de la Llei de Signatura Digital i 318, 319 i 326 LEC. A més, en molts casos la mateixa s'aportarà a través de la seva còpia en suport paper. Com a exemple es podria citar el d'un contracte concertat electrònicament entre dues parts a través d'internet. En aquest cas al presentar la demanda o la contestació a la demanda ho aconsellable és adjuntar una còpia impresa de la mateixa de conformitat amb el que preveu l'article 265.1.2 LEC.

¹³³ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (en "Internet y prueba civil", cit., pp. 143 y ss.) y ABEL LLUCH (en *Derecho Probatorio*, cit., pp. 937 y ss.).

¹³⁴ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, op. cit.

¹³⁵ Ver FONS RODRIGUEZ, en "Reconocimiento judicial y nuevas tecnologías. ¿Puede solicitarse la prueba de un reconocimiento judicial para que el juez presencie, a través de videoconferencia, las márgenes que reocotge una persona sobre un determinado lugar o espacio fuera de la circunscripción judicial, y con ello evitar que se tenga que acudir al auxilio judicial", en *La prueba de Reconocimiento Judicial*, dir? Xavier Abel Lluch y Joan Pico Junoy, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 475 y ss.

En la prova audiovisual i d'instruments la regulació és diversa, tot i l'aplicació analògica de la regulació de la prova documental. Precisament una de les principals crítiques que s'ha fet a la regulació d'aquests mitjans de prova és la parquedat d'aquesta¹³⁶. Es dediquen tan sols tres articles a desenvolupar la prova audiovisual i d'instruments, el que provoca que hagi de integrar-se amb l'aplicació analògica de la prova documental.

Al meu entendre ens trobem en tots aquests casos davant una prova documental. La diferència és que mentre el document amb suport paper és directament accessible per si mateix, aquell que té un suport electrònic (bé sigui una representació de el pensament humà a través de paraules, dades, imatges o sons) necessita d'un aparell concret per poder accedir al seu contingut. En l'actualitat els instruments per a "llegir" els arxius electrònics són de general difusió en l'àmbit judicial i dels operadors jurídics, ja que és inconcebible que no s'utilitzi un ordinador. A més l'administració de justícia tendeix a la digitalització a través de l'expedient electrònic i l'enviament de comunicacions electròniques. Per tot això l'única especialitat que es podria generar deriva de l'accés al mitjà electrònic, havent d'aplicar a tota la resta la regulació de la prova documental.

A continuació, analitzaré tres qüestions sobre les que ha existit controvèrsia o s'han plantejat dubtes en la pràctica i que són: si el contingut d'una pàgina web o d'una xarxa social es pot considerar fet notori, l'aportació de la prova electrònica a el procés i la seva impugnació.

5.4. L'APORTACIÓ EN FORMAT DIGITAL DELS DOCUMENTS ADJUNTS ALS ESCRITS D'AL·LEGACIONS.

5.4.1. REGULACIÓ.

La legislació aplicable a la qüestió plantejada és l'article 230.5 LOPJ, els articles 135.3, 162.2, 267 i 268 LEC i el Reial decret 84/2007, de 26 de gener (BOE de 13 de febrer).

¹³⁶ Veure per tots NIEVA FENOLL, op. Cit., p. 458

5.4.2. LA POSSIBILITAT DE PRESENTAR ELS DOCUMENTS DIGITALITZATS JUNTAMENT AMB ELS ESCRITS D'AL·LEGACIONS.

L'article 162.3 LEC preveu que "Quan l'autenticitat de resolucions, documents, dictàmens o informes presentats o transmesos pels mitjans a què es refereix l'apartat anterior només es pugui reconèixer o verificar mitjançant el seu examen directe o per altres procediments, podran, no obstant , de ser presentats en suport electrònic mitjançant imatges digitalitzades dels mateixos, en la forma prevista en els articles 267 i 268 d'aquesta Llei, si bé, en cas que alguna de les parts, el tribunal en els processos de família, incapacitat o filiació , o el Ministeri Fiscal, així ho sol·licitessin, hauran d'aportar en el seu suport paper original, en el termini o moment processal que a aquest efecte s'assenyali "

Aquest precepte va ser modificat en la seva redacció original per la disposició final 6.1.4 de la llei 41/2007, de 7 de desembre, de reforma del mercat hipotecari. Fins aquesta modificació legislativa l'única forma en què es podien aportar els documents era en format paper. Quan van començar a fer-se proves amb el que seria posteriorment el sistema LEXNET el Consell General de Poder Judicial, en l'acord 44 de Ple de 28 de setembre de 2005, va realitzar l'observació 1.3:

"Es fa necessari que a la major brevetat s'abordi les pertinents reformes processals en què es doni resposta jurídica a la nova realitat, conseqüència de l'ús de mitjans electrònics tant en la presentació de demandes i escrits per part dels professionals com de les notificacions a aquests de les resolucions judicials. Així, sense ànim exhaustiu, es considera oportú que la reforma tracti qüestions com ara la presentació de documents electrònics amb la demanda, la determinació de l'inici dels efectes jurídics tant de la presentació telemàtica d'escrits com de les notificacions, clarificació de l'eficàcia de els justificants de recepció que el sistema genera, l'ús o utilització d'aquest sistema pels intervinents en el procés. En definitiva, és imprescindible per a l'adequat funcionament de sistema proposat la fixació o determinació concreta de l'instant processal exacte en què s'hagi d'entendre per tots efectuat un acte processal per aquesta via, objectiu que ha de ser abordat mitjançant les reformes processals que corresponguin. "

Aquest acord el reproduïx en l'informe que emet a el projecte de Reial Decret sobre implantació en l'Administració de Justícia de el sistema informàtic de

Telecomunicacions Lexnet per a la presentació d'escrits i documents, el trasllat de còpies i la realització d'actes de comunicació processal per mitjans telemàtics , que va aprovar en la sessió de Consell General de Poder Judicial de 4 de juliol del 2006.

La reforma que exigia el Consell General de Poder Judicial es va realitzar mitjançant la disposició final sisena de la Llei 41/2007, de 7 de desembre per la qual es modifica la Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari i altres normes de sistema hipotecari i financer, de regulació de les hipoteques inverses i l'assegurança de dependència per la qual s'estableix determinada norma tributària, publicada al BOE de 8 de desembre i amb entrada en vigor el 9 de desembre de 2007. Aquesta disposició i tot i que l'objecte de la Llei era totalment diferent, que dona nova redacció als articles 135, 162, 267 i 268 de la LEC per permetre l'aportació de documents en format digital al procés civil.

A través d'aquesta reforma es va adaptar el règim d'aportació dels documents a la nova regulació de presentació telemàtica d'escrits i documents que preveu el Reial Decret 84/2007, de 26 de gener, publicat al BOE de 13 de febrer de 2007 i amb entrada en vigor el 14 de febrer. El que va fer el legislador va ser introduir la reforma de la LEC en un projecte de Llei que ja s'estava tramitant.

L'annex V de Reial Decret 84/1007 enumera com una de les funcionalitats de sistema LEXNET permetre la presentació, transport d'escrits processals i documents que amb els mateixos s'acompanyin, així com la seva distribució i remissió a l'Oficina Judicial encarregada de la seva tramitació.

L'article 4 de Reial Decret 84/2007 preveu que l'ús de LEXNET per part dels secretaris judicials i els funcionaris dels cossos al servei de l'Administració de Justícia destinats a oficines judicials que disposin de sistema i estiguin dotades dels mitjans necessaris té caràcter obligatori. Una vegada modificada la LEC per permetre l'aportació de documents en format digital, no hi ha cap inconvenient perquè es puguin presentar per aquest mecanisme.

D'altra banda al Tribunal també el vincula la signatura dels protocols per a la presentació d'escrits de tràmit per mitjans telemàtics en l'àmbit de l'Administració de Justícia que s'han signat en les diferents comunitats autònomes. Per exemple, a Catalunya es va signar el Conveni de Col·laboració entre l'Administració de Justícia, mitjançant el Departament de Justícia, el Consell General de Poder Judicial i el Consell dels Il·lustres Col·legis de Procuradors

dels Tribunals de Catalunya per a l'enviament de documents en els procediments judicials el 13 de juny de 2013. És cert que aquests protocols tenen caràcter governatiu, però la Sentència de Tribunal Constitucional 47/2014, de 7 d'abril afirma que "el recurrent no es pot veure perjudicat en el seu Dret al seguir les pautes establertes en un acte, si bé de caràcter governatiu, d'un òrgan judicial ". Per això puc concloure que l'aplicació dels protocols signats té caràcter obligatori per a la presentació d'escrips processals i els seus documents.

Processalment es podria discutir si la contestació a la demanda és un escrit de tramitació, i al respecte no hi ha cap dubte. La contestació a la demanda és un tràmit del procediment pel que es pot presentar per mitjans telemàtics juntament amb els documents en format electrònic com a annex. A més, l'article 135.1 LEC indica literalment que "quan les oficines judicials i els subjectes que intervenen en un procés disposin de mitjans tècnics que permetin l'enviament i la recepció normal d'escrips iniciadors i altres escrips i documents ...". És a dir, la previsió legislativa inclou la possibilitat de presentar telemàticament la demanda i la resta d'escrips processals de part.

Aquest precepte va ser modificat per la llei 42/2015, de 5 d'octubre, de reforma de la llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil. La seva finalitat, entre d'altres, va ser implantar el paper zero als jutjats, que havia de ser efectiu l'1 de gener de 2016. El cert és que en l'actualitat no s'ha aconseguit, tot i que és cert que es va implantant poc a poc en els diferents ordres jurisdiccionals. Actualment s'han aprovat protocols pels Tribunals Superiors de Justícia de les 17 comunitats autònomes que integren l'Estat espanyol, però encara no s'ha implantat totalment.

5.4.3. LA NO POSSIBILITAT DE ADMETRE ELS DOCUMENTS EN UN MOMENT INICIAL.

Una altra de les qüestions que es planteja és si l'òrgan judicial pot inadmetre la contestació a la demanda o els documents adjunts per haver-se presentat en format digital. La resposta ha de ser negativa. L'article 135.1 LEC permet la presentació telemàtica dels escrips iniciadors i altres escrips i documents, de manera alternativa a l'original o les còpies. Per això la no presentació en paper davant el Jutjat no pot ser motiu d'inadmissió.

D'altra banda, es podria plantejar si el Tribunal pot requerir a les parts perquè esmenen la no presentació dels documents per escrit quan s'hagin aportat en forma electrònica. La LEC regula possibilitat en l'article 162.3 in fine que preveu que quan s'hagués presentat el document mitjançant imatge digitalitzada, en la forma prevista en els articles 267 i 268 LEC, "en cas que alguna de les parts, el tribunal en els processos de família, incapacitat o filiació, o el Ministeri Fiscal, així ho sol·licitessin, hauran d'aportar en el seu suport paper original, en el termini o moment processal que a aquest efecte s'assenyali ".

És a dir, amb caràcter general es pot afirmar que el Tribunal d'ofici no pot requerir l'aportació de el document en el suport paper original. Només de forma excepcional està previst en algun dels processos civils regulats en el llibre IV de la LEC, que es caracteritzen per l'ampliació de les facultats probatòries de Tribunal per defensar l'interès públic concurrent, podrà requerir l'aportació d'ofici.

5.4.4. MOMENT PROCESSAL PER REQUERIR L'APORTACIÓ DEL DOCUMENT ORIGINAL.

Una altra de les qüestions que es plantegen és quin seria el moment processal oportú. La LEC no ho preveu expressament, però entenc que aquesta sol·licitud ha d'estar vinculada amb la impugnació de el document aportat en forma electrònica, de forma anàloga al tractament processal que rep la còpia de el document. Els articles 267 i 268 LEC regulen la impugnació de l'autenticitat de la imatge digitalitzada dels documents públics i privats respectivament. El moment processal adequat per realitzar-lo és en l'audiència prèvia del judici ordinari o en la vista del judici verbal. D'una manera preventiva és convenient que la part que hagi aportat la còpia digitalitzada porti l'original a l'acte de l'audiència prèvia o del judici verbal perquè es pugui confrontar en aquest moment si s'impugna. En cas contrari s'ha de donar un termini a la part aportant perquè faciliti el document original per a la seua confrontació. Això és especialment rellevant en el cas en que s'hagi de realitzar una prova cal·ligràfica.

5.5. LA IMPUGNACIÓ DE EL DOCUMENT ELECTRÒNIC I DE LA PROVA PER INSTRUMENTS AUDIOVISUALS O ELECTRÒNICS.

5.5.1. LA IMPUGNACIÓ.

L'article 427.1 LEC regula el posicionament de les parts abans els documents i dictàmens presentats. El tenor literal de la mateixa és el següent: "En l'audiència, cada part s'ha de pronunciar sobre els documents aportats de contrari fins aquell moment i manifestar si els admet, els impugna o els reconeix o si, si és el cas, proposa prova sobre la seva autenticitat".

A la pràctica s'ha plantejat la qüestió de l'abast de les facultats de les parts. Al meu entendre la part pot realitzar dues activitats en aquest moment processal:

- Impugnar la validesa formal o autenticitat.
- Impugnar la validesa material.

Per tant en aquest moment processal la part demandant haurà de posicionar respecte de el document electrònic presentat per l'adversa, incloent la possibilitat de formular al·legacions sobre el contingut de el document aportat de contrari¹³⁷. Així hem de distingir entre els documents constitutius i declaratius, sent els primers aquells que tanquen en si mateixos un determinat acte o negoci jurídic i els segons els que proporcionen una dada o saber relatiu a un negoci jurídic. En el segon supòsit, és a dir, en relació amb el document que inclogui un tram de narrativa¹³⁸ o provoqui una conseqüència jurídica com pot ser la prescripció¹³⁹, la part adversa ha de tenir la possibilitat de fer al·legacions sobre el contingut de la mateixa en l'àmbit de la impugnació que preveu l'article 427 LEC. I tot això sense perjudici que és una distinció merament teòrica i en la pràctica ens podem trobar amb casos en què un document tingui caràcter dispositiu i declaratiu, com succeeix de forma habitual en els contractes on en primer lloc es realitza una sèrie d'al·legacions de les parts contractants per a continuació expressar la part dispositiva del contracte.

La problemàtica que es genera és que el legislador no ha previst a l'article 427.1 LEC el pronunciament de les parts sobre els mitjans de prova audiovisuals o d'instruments. Tal com afirma MONTERO AROCA "no se sap si atribuir a un

¹³⁷ En el mateix sentit ABEL LLUCH que afirma que "" amb anterioritat a la valoració judicial en sentència, el document pot ser objecte d'impugnació en la fase d'al·legacions, en la fase d'audiència prèvia o la vista, i en la fase de conclusions. El terme impugnar s'entén en sentit ampli, no circumscrit a la interposició dels recursos ordinaris o extraordinaris, sinó com a facultat de formular al·legacions o aportar mitjans i prova que desvirtuïn el contingut d'un document de advers "(en" la Prueba Documental", en *La prueba Documental*, Barcelona, 2010, pàg. 193).

¹³⁸ MUÑOZ SABATÉ, "¿Cuándo se deben impugnar los documentos acompañados con la demanda?", en *Revista Jurídica de Catalunya* 2008-2, p. 561.

¹³⁹ Per exemple, per la remissió d'un sms o un correu electrònic reclamant el compliment de l'obligació.

oblit que en l'article 427, dins de l'audiència prèvia, s'exigeixi que les parts es pronunciïn sobre els documents aportats de contrari, admetent o impugnar-los, i proposant prova sobre la seva autenticitat, i també sobre els dictàmens pericials presentats fins al moment, mentre que no es diu res respecte dels mitjans de reproducció del so o de la imatge ¹⁴⁰.

Per resoldre aquesta qüestió he de partir d'unes consideracions prèvies:

- En l'article 382 LEC, que regula els "instruments de filmació, enregistrament i semblants" el legislador permet que les parts participants contra la autenticitat i exactitud, proposant o aportant els dictàmens pericials i mitjans de prova instrumentals que considerin convenients.
- L'article 384 LEC, que regula "els instruments que permetin arxivar, conèixer o reproduir dades rellevants per al procés", permet que les parts puguin al·legar i proposar el que seu dret.

És a dir, tot i no preveure el moment processal adequat en el qual realitzar la impugnació de l'autenticitat i exactitud d'aquests mitjans de prova, sí que està previst que la part pugui realitzar-lo. Una altra qüestió que es planteja és com es practiquen aquests mitjans de prova.

Les diferències entre la prova documental i aquests mitjans de prova consisteixen en la pràctica d'aquesta i concretament en la manera d'accedir al contingut d'el suport. Això exigeix que en el cas de la prova audiovisual i per instruments hagi de reproduir-se i accedir al seu contingut en l'acte del judici en el procediment ordinari o de la vista en el judici verbal¹⁴¹.

En relació amb la pràctica d'aquests mitjans de prova es genera una dificultat pràctica amb importants repercussions processals. La prova audiovisual i d'instruments informàtics s'ha d'aportar en la demanda o contestació, però si no apliquem de forma analògica la regulació de la prova documental la LEC no obliga de forma expressa a que s'adjunti una còpia per facilitar-la a la part contrària. És cert que la part contrària pot sol·licitar que s'expedeixi un testimoni de la mateixa per accedir a la informació i poder realitzar les al·legacions pertinents. Al meu entendre el problema es genera des d'una doble perspectiva:

¹⁴⁰ MONTERO AROCA, op. cit., pàg. 451.

¹⁴¹ En aquest sentit MONTERO AROCA, op. cit., pàg. 451 per a la reproducció del so i de la imatge i pàg. 453 per a la prova d'instruments informàtics.

- des de la posició de la part demandada aquesta no tindrà coneixement del contingut de la prova audiovisual o d'instruments informàtics fins que no se li faciliti la còpia de el suport, per al que ha de requerir-se a l'oficina judicial. La sol·licitud no suspèn el termini per contestar la demanda, de manera que cap al·legació podrà realitzar al respecte a la mateixa. Per això es planteja la qüestió de quin serà el moment processal en què haurà de realitzar-ho, si en l'audiència prèvia o en l'acte del judici.
- Des de la posició de la part actora no se li facilitarà la còpia dels suports aportats pel demandat en la contestació a la demanda excepte si el ho requereix, el que plantegés la mateixa qüestió.

Una possible solució és que les al·legacions i la impugnació de l'autenticitat es realitzin després d'haver visionat el suport audiovisual en l'acte de l'opinió, però aquest no és el moment més adequat per fer-ja que això pot generar dilacions processals. Concretament la part pot proposar la pràctica de la prova pertinent per acreditar l'autenticitat o veracitat el contingut de el suport, i que consistirà habitualment en un dictamen pericial o testifical per acreditar que la part no és l'autor d'aquesta declaració al trobar-se en aquest moment en un altre lloc diferent.

Al meu entendre aquesta solució no és satisfactòria ja que la LEC no preveu que en l'acte del judici de procediment ordinari es pugui proposar la pràctica de prova. D'altra banda, tot i que es permetés això generaria la suspensió del judici amb les dilacions processals que implicaria. Entenc que aquesta solució pot ser evitada fent una interpretació integradora dels els articles 382 a 384 LEC amb la regulació de la prova documental ja que l'única diferència rau en la manera en què s'accedeix a el contingut de el suport, i exigir que es presenti la còpia juntament amb l'escrit de demanda o de contestació. Si això no es realitzés el Lletrat de l'Administració de Justícia hauria de fer notar aquesta omissió i concedir un termini d'esmena de 5 dies (art. 275 LEC).

D'aquesta manera es garanteix que les parts tinguin la còpia de el suport abans de la contestació a la demanda o de l'audiència prèvia, perquè puguin impugnar-o realitzar les al·legacions relacionades amb el contingut, aplicant de forma analògicament la previsió de l'article 427 LEC per la prova documental. En aquest moment també s'haurà de posar de manifest si la part no ha pogut accedir a el suport per no ser un dels formats de reproducció habituals en la societat o requerir un mitjà de reproducció específic que no sigui d'accés generalitzat.

Posteriorment a la impugnació o realització de les al·legacions pertinents es podrà proposar la pràctica de la prova corresponent, tal com desenvoluparem en el següent apartat. Concretament ens centrarem en la prova dels següents aspectes:

- Autenticitat i veracitat.
- Reconeixement de l'autoria.
- El contingut.

5.5.2. LA IMPUGNACIÓ DEL DOCUMENT ELECTRÒNIC I DE LA PROVA PER INSTRUMENTS AUDIOVISUALS O ELECTRÒNICS.

Recordem que la LEC regula de forma parcial el document electrònic en els articles 318 i 319 al fer referència a el document electrònic públic i en el 326.3 al regular la força probatòria dels documents privats. A més, la Llei de Serveis de la Societat de la Informació i la Llei de signatura electrònica es refereixen expressament a aquest, regulant parcialment aquesta última en el seu article 3.

La Llei de Signatura Electrònica sembla reservar la denominació de document electrònic a aquell que hagi estat signat digitalment de conformitat amb el que preveu la mateixa. No obstant això, s'ha d'entendre que inclou tota representació que estigui recollida en un suport electrònic, i això amb independència que estigui signat digitalment o no.

Les possibilitats d'impugnació de el document electrònic s'estenen a la seva autoria i a la seva integritat. Aquests extrems s'acrediten a través de la signatura electrònica, regulada en la Llei de Signatura Electrònica. Aquesta llei distingeix dos tipus de signatures digitals:

- La signatura electrònica reconeguda.
- La signatura electrònica avançada.

La diferència entre ambdues és que la signatura electrònica reconeguda acredita que el document ha estat signat pel titular de la signatura electrònica, però la signatura electrònica avançada està envoltada d'unes garanties que

intenten garantir que la mateixa sigui intransferible. A més, amb la signatura electrònica es garanteix el contingut de el document.

Si tot i estar signat electrònicament s'impugna l'autenticitat l'article 326 de la LEC es remet a l'article 3 de la Llei de Signatura Electrònica. L'article 3.8, incís tercer de la Llei de Signatura Electrònica preveu que "si s'impugna l'autenticitat de la signatura electrònica avançada, amb la qual s'hagin signat les dades incorporades a el document electrònic, s'estarà al que estableix l'apartat 2 del article 326 de la Llei d'Enjudiciament Civil ". L'article 326.2 LEC preveu que "quan s'impugni l'autenticitat d'un document privat, el que l'hagi presentat pot demanar la confrontació pericial de lletres o proposar qualsevol altre mitjà de prova que sigui útil i pertinent a l'efecte". És a dir, l'article 326.3 LEC es remet a l'article 3 de la llei de signatura electrònica, que al seu torn es remet a l'article 326.2 LEC.

Finalment, la conclusió és que si s'impugna la validesa de la signatura electrònica avançada haurà d'acreditar la seva autenticitat a través d'un dictamen pericial. Des d'aquesta perspectiva hi ha la possibilitat de determinar l'autenticitat de la signatura a través de la IP dels ordinadors utilitzats o dels rastres informàtics de la seva possible ús fraudulent.

Si s'impugna l'autenticitat de la signatura electrònica reconeguda l'article 3.8, incís primer i segon regula la forma d'acreditar l'autenticitat de la mateixa. La forma de procedir que serà el següent:

"El suport en què es trobin les dades signades electrònicament és admissible com a prova documental en judici. Si s'impugna l'autenticitat de la signatura electrònica reconeguda amb la qual s'hagin signat les dades incorporades a el document electrònic es procedirà a comprovar que es tracta d'una firma electrònica avançada basada en un certificat reconegut, que compleix tots els requisits i condicions establerts en aquesta Llei per a aquest tipus de certificats, així com que la signatura s'ha generat mitjançant un dispositiu segur de creació de signatura electrònica.

La càrrega de realitzar les esmentades comprovacions correspon a qui hagi presentat el document electrònic signat amb signatura electrònica reconeguda. Si aquestes comprovacions obtenen un resultat positiu, es presumeix l'autenticitat de la signatura electrònica reconeguda amb la qual s'hagi signat l'esmentat document electrònic, i les costes, despeses i drets que originin la comprovació exclusivament a càrrec de qui hagi formulat la

impugnació. Si, segons el parer de tribunal, la impugnació ha estat temerària, li pot imposar, a més, una multa de 120 a 600 euros".

És a dir, s'ha d'aportar un certificat per part de l'entitat certificant que ha complert amb els requisits i condicions establertes en la llei i que la signatura s'ha generat mitjançant un certificat segur de creació de signatura electrònica. L'incís segon afirma que es presumeix l'autenticitat de la signatura electrònica si les comprovacions obtenen un resultat positiu. Per això el impugnant ha d'acreditar que la signatura electrònica ha estat utilitzada fraudulentament o que no reuneix les condicions necessàries per a ser qualificada com a signatura electrònica avançada, havent d'aportar o proposar la pràctica de la prova pericial o qualsevol mitjà de prova que tendeixi a acreditar que la part que suposadament va signar electrònicament el document no era al lloc que indica la IP de l'ordinador utilitzat o no tenia accés a cap sistema que li permetés realitzar la transacció.

Si el document no ha estat signat electrònicament cal acudir a la prova pericial per determinar l'IP de l'ordinador i així localitzar-lo, podent acreditar que el suposat autor del document no ho ha pogut utilitzar.

Una altra opció seria demanar un certificat a el prestador de servei de la societat de la informació per l'impugnand perquè acrediti que no ha utilitzat els serveis contractats per enviar aquest document. L'article 12 de la Llei de Serveis de la Societat de la Informació obliga les empreses prestadores de el servei a guardar les dades dels usuaris en els següents termes:

«1. Els operadors de xarxes i serveis de comunicacions electròniques, els proveïdors d'accés a xarxes de telecomunicacions i els prestadors de serveis d'allotjament de dades hauran de retenir les dades de connexió i tràfic generades per les comunicacions establertes durant la prestació d'un servei de la societat de la informació per un període màxim de dotze mesos, en els termes que estableix aquest article i en la seva normativa de desenvolupament.

2. Les dades que, en compliment del que disposa l'apartat anterior, han de conservar els operadors de xarxes i serveis de comunicacions electròniques i els proveïdors d'accés a xarxes de telecomunicacions seran únicament els necessaris per facilitar la localització de l'equip terminal emprat pel usuari per a la transmissió de la informació ".

En principi l'apartat tercer d'aquest article preveu que la finalitat de la retenció de la informació és per a fins penals. En l'àmbit penal quan s'ordena judicialment la intervenció de les comunicacions d'un imputat en un procés penal les companyies subministradores donen accés lliure a l'autoritat judicial a la informació recopilada relacionada amb un número de telèfon o una línia ADSL. Si és un telèfon mòbil no només es dona accés a el contingut de les converses de veu, missatges sms o correus enviats i rebuts, sinó també de el lloc a través de què es va realitzar.

La Llei de Serveis de la Societat de la Informació preveu que aquesta informació es reté a l'efecte d'una possible investigació criminal. Però cal tenir en compte que el titular de la mateixa és el contractant, pel que pot sol·licitar que s'emeti un certificat en el qual figurin les dades recopilades de la connexió que tingués contractada. D'aquesta manera es facilitaria que en el procés civil s'acredités l'enviament o recepció d'un sms o d'un correu electrònic.

A la pràctica se sol acudir a la preconstitució de la prova acudint a un fedatari públic perquè acrediti que al telèfon mòbil o a l'ordinador de la part hi ha un missatge de correu electrònic amb un determinat contingut. Però en molts casos pot no ser suficient ja que actualment és relativament senzill enviar un correu electrònic o un sms des d'un ordinador fent veure que s'envia des d'un compte de correu o número de telèfon diferent al realment utilitzat.

En l'ordre penal del Tribunal Suprem s'ha pronunciat sobre la impugnació de l'autenticitat dels missatges remesos per l'imputat pel delictes a la víctima utilitzant algun sistema de missatgeria instantània en les Sentències de la Sala penal de Tribunal Suprem nombre 300 / 2'15, de 19 de maig i 754/2015, de 27 de novembre. La Sentència de la Sala penal del tribunal Suprem 375/2018, de 19 de juliol, resumeix la doctrina jurisprudencial fixades declarant que "no hi ha presumpció iuris tantum de falsedat que hagi de ser destruïda mitjançant la prova pericial ... tal perícia no és necessària quan no hi hagi dubtes al respecte mitjançant la valoració d'altres elements de la causa o la pràctica d'altres mitjans de prova"¹⁴².

¹⁴² Veure el comentari realitzat per FUENTES SORIANO y ARRABAL PLATERO, "Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un principio de prueba. Comentario a la STS 375/2018, de 19 de julio", en *Revista General de Derecho Procesal*, número 47, 2019.

La jurisprudència de les audiències provincials, a l'aplicar aquesta doctrina, ha exigint que la impugnació sigui raonable¹⁴³

La posició dels tribunals es pot resumir en que:

- La part a qui perjudiqui un missatge enviat per missatgeria instantània pot impugnar la seva autenticitat.
- La impugnació ha de ser raonable, sense que sigui suficient una negació de caràcter genèric i indeterminat.
- Un cop realitzada ha de proposar-la elaboració d'un dictamen pericial sobre l'autenticitat del missatge, encara que el mateix també es pot acreditar a través i altres mitjans de prova com la declaració de part o la prova testifical.

En l'ordre social també s'ha plantejat la impugnació de l'autenticitat dels missatges remesos per serveis de missatgeria instantània. La Sentència de la Sala del Social del tribunal Superior de Justícia de Galícia nombre 556/2016, de 28 de gener, resol un cas en què s'havia plantejat la impugnació d'un missatge enviat a través de Whatsapp. En aquesta sentència el Tribunal planteja quatre hipòtesis: que la part interlocutora de la conversa no la impugni; quan reconeix la seva existència i contingut; quan es comprovi mitjançant la confrontació amb l'altre terminal implicat; i quan es practiqui una prova pericial que acrediti l'autenticitat i enviament de la conversa. També adverteix dels riscos de manipulació derivats de l'existència de programes informàtics.

Si les parts implicades en la conversa reconeixen l'enviament i contingut dels missatges, o no els impugnen, no es plantegen problemes probatoris en relació amb la seva acreditació. Ens trobaríem davant d'uns fets no controvertits que no precisen de prova, tal com preveu l'article 281.3 LEC.

En el cas en què s'impugni l'existència i contingut dels missatges aportats per una de les parts ens trobaríem davant d'un fet controvertit, que seria objecte de prova en el procés. Per a això es poden utilitzar qualsevol dels mitjans de prova que preveu l'ordenament jurídic. La prova més adequada segons les sentències

¹⁴³ Veure per totes la Sentència de la Secció 1a de l'Audiència Provincial de la Rioja nombre 166/2018, de 15 de novembre.

exposades és el dictamen pericial d'un expert que acrediti que la conversa no ha estat manipulada i que va ser remesa per la part que l'ha impugnat.

Però he de advertir, que aquests dictàmens pericials no són concloents. Aquests no poden acreditar ni l'autenticitat ni la manipulació de forma absoluta. Per això no se'ls pot atorgar aquest caràcter diriment de la controvèrsia que se li pretén atribuir. És cert que la temptació d'afirmar una cosa o una altra perquè hi ha el dictamen d'un expert és molt temptadora i ho hem vist en altres àmbits de l'ordenament jurídic en el qual la decisió de la controvèrsia depèn de raons tècniques, com pot ser els conflictes derivats de la construcció.

A més, hi ha un altre factor a tenir en compte que és el cost de l'emissió del dictamen. La seva realització implica una important inversió econòmica per a les parts i no en tots els casos està justificada pels interessos en joc.

Per tot això considero que efectivament el dictamen pericial pot ser important per valorar l'autenticitat o manipulació d'una conversa o d'un missatge enviat per via electrònica, però no pot ser determinant. Caldrà atendre també a altres fets o indicis que ratifiquin la seva autenticitat o falsedat, a més d'exigir que la seva impugnació sigui raonable.

Si s'ha impugnat la integritat de el document electrònic o el seu contingut també es pot acreditar mitjançant altres mitjans de prova¹⁴⁴. L'avantatge i inconvenient dels serveis electrònics és l'empremta digital que es deixa. Així es pot intentar acreditar l'existència d'aquesta per demostrar que el missatge o la conversa és autèntica i no ha estat manipulada. Altres opcions seria facilitar la terminal en què s'ha rebut el missatge perquè el Tribunal comprovés la realitat de la seva recepció¹⁴⁵.

Des d'un punt de vista pràctic es pot sol·licitar al proveïdor de l'accés a internet o on estiguin emmagatzemades les dades, que sol ser una societat externa i sense vinculació amb la banda, que certifiqui el contingut concret de la pàgina en un dia i moment determinat. Una altra manera seria aportar com a prova

¹⁴⁴ Tal com afirmen FUENTES SORIANO i ARRABAL PLATERO "l'acreditació de la prova tecnològica impugnada pot venir donada per qualsevol mitjà probatori pot constituir prova instrumental per acreditar l'autenticitat de la prova tecnològica impugnada i no, únicament, per mitjà de la prova pericial informàtica "(loc. Cit.).

¹⁴⁵ Així per exemple en la Sentència de la Sala penal del tribunal Suprem 375/2018, de 19 de juliol, el Tribunal va tenir en compte que la part va aportar la seva contrasenya de Twenti per al cas en què la conversa fora qüestionada i que es va practicar la prova testifical amb el tercer amb el qual havia mantingut la conversa ratificant-la.

documental l'històric d'aquesta pàgina web, que és possible generar a través d' determinats cercadors com google. Una última opció és preconstituir la prova sol·licitant a un fedatari públic que realitzi una acta de constància en la que accedeixi a una pàgina web determinada i acrediti el seu contingut.

En l'actualitat hi ha serveis independents que realitzen l'enviament de sms o correus electrònics signats electrònicament que pretenen acreditar el contingut i la data d'enviament i recepció.

Respecte dels instruments audiovisuals i informàtics es pot impugnar tant l'autoria com l'autenticitat de l'instrument, però també l'atribució de la veu a una persona determinada. En aquest cas es podrà proposar qualsevol mitjà de prova per acreditar l'extrem impugnat.

Malgrat tot això, pot succeir que a l'Òrgan jurisdiccional no li quedi acreditat que el missatge o la conversa electrònica s'ha produït. En aquest cas s'han d'aplicar les normes de càrrega de la prova.

En el procés penal del Tribunal haurà d'aplicar la norma de presumpció d'innocència i dictar sentència absolutòria. No obstant això, en el procés civil apliqués les normes de càrrega de la prova que preveu l'article 217 LEC. Sobre les mateixes he d'advertir que no tenen caràcter automàtic, sinó que el Tribunal també haurà d'apreciar l'existència d'una major disponibilitat o facilitat probatòria d'una de les parts, tal com preveu l'apartat 7è d'aquest precepte. Així per exemple, en el cas en què a la part impugnant se li requereixi el mòbil, l'ordinador o l'accés a sistema de missatgeria per analitzar l'autenticitat i contingut dels missatges remesos i aquest no ho faciliti al·legant raons no creïbles es podria invertir la càrrega de la prova.

6. LA DECISIÓ AUTOMATITZADA DEL CONFLICTE A TRAVÉS D'UN ADR / ODR.

Una de les qüestions que s'estan debatent actualment és la possibilitat d'implantar els mitjans electrònics en el judici jurisdiccional. És a dir, l'aplicació de la Intel·ligència Artificial en la resolució de conflictes.

Les ADR van ser pioneres en la introducció de les noves tecnologies en els mecanismes de resolució de conflictes. En un primer moment es va desenvolupar en l'àmbit de l'arbitratge electrònic en què es permetia que les notificacions i comunicacions entre les parts i l'àrbitre o àrbitres es realitzara a través de correu electrònic. Posteriorment es va permetre també la pràctica de proves personals com la declaració testifical o de les parts a través de videoconferències.

En l'àmbit de les ODR els operadors electrònics de venda on line com Amazon, eBay, paypal o Airbnb s'han introduït mecanismes de resolució automatitzada dels conflictes que sorgeixin entre els usuaris d'aquestes plataformes electròniques. Aquests han implementat un mecanisme de resolució de conflictes que proposa la solució perquè sigui acceptada per les parts. Es tractaria d'un sistema que es pot qualificar de conciliació. És a dir, el sistema analitza el conflicte plantejat i proposa la solució a les parts perquè sigui acceptada per aquestes. En aquest cas és possible perquè ens trobem davant d'una matèria dispositiva en què els implicats poden o no acceptar-se lliurement.

L'explicació que les ADR primer i ara les ODR hagin estat pioneres en l'aplicació de les noves tecnologies tens diverses explicacions, entre les quals destaco:

- El procediment dels ADR i ODR és més flexible que el judicial, ja que mentre en els primers el legislador tan sols li exigeix respectar les garanties essencials de el procés, en el segon els Tribunals estatals tenen l'obligació de dictar sentència aplicant les lleis de enjudiciament.
- En el cas que les parts siguin reticents a participar en un ADR o ODR tenen l'obligació d'acudir a un òrgan jurisdiccional de l'Estat per resoldre el conflicte. És a dir, en els ADR i / o ODR les parts col·laboren en el procediment, el que permet agilitzar-lo. No obstant això, davant els òrgans jurisdiccional estatals les parts tenen la necessitat de comparèixer per defensar els seus interessos, el que imposa als tribunals una menor flexibilitat en el desenvolupament del procés, que

es regeix pel principi de legalitat processal per assegurar el respecte dels drets de les parts.

- En els ADR i ODR les parts poden decidir que la decisió del conflicte es realitzi sense aplicar la llei, sinó altres criteris com l'equitat, amb el límit de no vulnerar l'ordre públic i les normes imperatives ni perjudicar els interessos de tercers. No obstant això, el jutge estatal està obligat a resoldre el conflicte interpretant i aplicant la llei. Per això, en el primer cas les parts poden decidir resoldre el conflicte mitjançant un sistema automatitzat de resolució de conflictes en què no es garanteix que la solució que s'arribi sigui la que correspongui amb la previsió legislativa.

Des d'una altra perspectiva s'afirma que la previsibilitat de la justícia pot afavorir que les parts acudeixin a un sistema d'ADR i / o ODR¹⁴⁶. És a dir, les aplicacions informàtiques que afirmen que poden anticipar la resolució han de ser utilitzades perquè les parts d'un conflicte siguin conscients de quina és la seva possible decisió per un tribunal estatal¹⁴⁷.

El CEPEJ també indica que la Intel·ligència Artificial també poden ser utilitzades perquè els "decisors públics vegin l'oportunitat de regular millor el flux de nous procediments davant els tribunals i dotats d'una reducció de costos i funcionament de la justícia. Es tractaria d'incitar els Justiciables a recórrer a les maneres de resolució alternativa de resolució de conflictes (conciliació, mediació o fins i tot arbitratge)"¹⁴⁸.

Aquesta opció legislativa de fomentar l'ús dels ADR i / o ODR pot ser especialment útil en les reclamacions de petita quantia¹⁴⁹. En aquests casos ens

¹⁴⁶ En aquest sentit es pronuncia l'CEPEJ afirmant que "el càlcul de la informació jurídica fundada en la jurisprudència ajudarà a les parts a avaluar la situació i a decidir si prefereixen anar als tribunals o regular les seves diferències per la via de la regulació extrajudicial de les diferències "(en *Eines per a aplicar les línies directrius que condueixen a l'canvi cap a la cyberJustícia*, cit., pàg. 14).

¹⁴⁷ Tal com he exposat en diferents moments d'aquest treball aquestes aplicacions informàtiques no poden anticipar la decisió judicial, però sí que poden realitzar una anàlisi de les probables solucions. Aquesta tasca li correspon realitzar-la als advocats de les parts, que podran utilitzar-les per facilitar el seu treball. En aquest context estic d'acord amb que serà una eina molt útil, però no podran reemplaçar ni la funció de l'advocat ni de l'òrgan jurisdiccional. En aquest sentit es pronuncia l'CEPEJ a *la Carta ètica ...*, cit., Paràgraf 97.

¹⁴⁸ CEPEJ, *Carta ètica ...*, cit., Pàg. 44

¹⁴⁹ NIEVA FENOLL planteja que las Juntas Arbitrals de Consum seleccionin els casos més habituals i la predicibilitat de la resolució per automatitzar-lo. Per fer-ho possible hauria de modificar-se el procediment per regular una qüestionari previ i que des de les Juntas Arbitrals es faig una suggeriment dels mitjans de prova que el consumidor pot aportar ("La obligatoriedad vs voluntariedad en el sistema arbitral de consumo", cit., p. 7).

trobem davant del que RAMOS MÉNDEZ descriu gràficament com el llindar de la litigiositat¹⁵⁰. És a dir, l'import de la reclamació no justifica la inversió en el cost d'aquest. És en aquest context en el qual es planteja la imposició obligatòria dels ODR, vinculants o no¹⁵¹.

Sent cert, el sistema no està exempt de riscos. Per aconseguir una major efectivitat dels ODR s'està difonent l'adopció de decisions automatitzades. A nivell europeu s'ha optat per aquesta solució a l'analitzar-los com a mecanismes complementaris a la jurisdicció estatal. No obstant això, cal adoptar precaucions. Així el Reglament de protecció de dades de la Unió Europea¹⁵² preveu que:

- Els titulars de les dades tenen dret a rebre informació significativa sobre la lògica subjacent a una decisió (art. 13.2.f, 14.2.gy 15.1.h).
- Les persones tenen dret a no ser objecte de decisions basades únicament en el tractament automatitzat (art. 22)¹⁵³.

Si s'implanta aquest sistema ha d'analitzar la forma en què es presta el consentiment a sotmetre a un ADR / ODR i a la decisió automatitzada del conflicte. Aquest és essencial perquè és el que empara no només la resolució del litigi a través d'un ADR / ODR, sinó que a més es realitza de forma excloent de la jurisdicció ordinària quan ens trobem davant decisions de caràcter vinculant.

Aquest problema no és nou, sinó que ja es va generar per exemple amb la submissió a arbitratge realitzada a través d'una condició general de la contractació¹⁵⁴. En aquest cas cal distingir als consumidors de la resta de contractants que actuen amb una finalitat de lucre. En el primer cas aquestes

¹⁵⁰ RAMOS MENDEZ, "El umbral económico de la litigiosidad", en *Elogio de la nada procesal*, edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 297 y ss.

¹⁵¹ Sobre aquesta qüestió veure extensament l'anàlisi que vaig efectuar a "La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva", en *Indret, revista para el análisis del derecho*, Barcelona, abril 2019.

¹⁵² Reglament (UE) 2016/679, de el Parlament Europeu i de Consell de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa a la protecció de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades per qual es deroga la Directiva 95/46 / CE (Reglament general de protecció de dades).

¹⁵³ Aquesta regulació és recolzada pel CEPEJ en totes les ocasions que s'ha pronunciat a l'respecte (així ho fa per exemple en *la Carta ètica ...*, paràgraf 145).

¹⁵⁴ Veure extensament el desenvolupament que vaig realitzar a "La nulidad del convenio arbitral incluido en los contratos de adhesión", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007, número 4, pp. 1046 y ss.

clàusules de submissió són nul·les de ple dret ja que l'article 90 del text refós de la Llei General de Consumidors i Usuaris preveu expressament que són abusives les clàusules que estableixin la submissió a arbitratges diferents de l'arbitratge de consum i les clàusules de submissió expressa a un jutge o tribunal diferent de què correspongui a el domicili del consumidor i usuari, a el lloc de compliment de l'obligació o aquell en què es trobi el bé si aquest és immoble. A més, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha declarat que és aplicable l'article 6.1 de la Directiva 93/13 / CEE, que a l'integrar l'ordre públic comunitari ha de ser apreciat d'ofici pels tribunals nacionals en qualsevol moment del procés, fins i tot durant el procés d'execució¹⁵⁵. Si l'adherent és una persona que realitza la transacció amb ànim de lucre la clàusula de submissió a l'ADR / ODR, que exclou la jurisdicció ordinària, podria ser nul·la si concorren les següents circumstàncies: la imposició per una de les parts, la no manifestació expressa de voluntat de submissió a arbitratge, que una de les parts actuï des d'una posició de privilegi, que la clàusula sigui contrària a la bona fe i que la submissió a arbitratge generi una situació de desigualtat a la part adherent i que en el seu desenvolupament se li causi indefensió.¹⁵⁶

Quan analitzem les noves tecnologies aplicades a la resolució de conflictes es replantegen aquestes qüestions. A la Unió Europea ha existit una especial preocupació per aquestes matèries i s'han aprovat dues directives i un reglament. En un primer moment es va aprovar la Directiva 95/46 / CE, de el Parlament Europeu i de Consell de 24 d'octubre de 1995, relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa a el tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades. Aquesta va ser derogada pel Reglament UE 2016/679, de 27 d'abril de 2016 relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa a el tractament de dades personals ia la lliure circulació d'aquestes dades i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE. Altres directives d'interès són la 2002/58/CE de Parlament Europeu i de Consell de 12 de juliol de 2002 relativa al tractament de dades personals ia la protecció de la intimitat en el sector de les comunicacions electròniques (Directiva sobre la privacitat i les comunicacions electròniques) i la 2013/11/UE del Parlament Europeu i de Consell de 21 de maig de 2013 relativa a la resolució alternativa de litigis en matèria de consum i per la

¹⁵⁵ En aquest sentit es pronuncia el TJUE en la Sentència de 6 d'octubre de 2009, Asturcom, assumpte C-40/08 i la interlocutòria de 16 de gener de 2010, Photovost, assumpte C-76/10. Veure àmpliament l'anàlisi que realitzo a *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 64 i ss.

¹⁵⁶ PÉREZ DAUDI, a "la nul·litat del conveni arbitral ...", cit., Pp. 1046 i ss.

qual es modifica el Reglament CE número 2006/2004 i la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolució alternativa de litigis en matèria de consum).

Sobre la forma i abast del consentiment s'ha pronunciat el Tribunal de Justícia de la Unió Europea en la sentència d'1 d'octubre de 2019, assumpte C 679/17, Planet 49. Aquesta sentència respon dues qüestions prejudicials plantejades per un tribunal alemany. En la primera d'elles pregunta " si els articles 2, lletra f), i 5, apartat 3, de la Directiva 2002/58, en relació amb l'article 2, lletra h), de la Directiva 95/46 i amb article 6 , apartat 1, lletra a), del Reglament 2016/679, s'han d'interpretar en el sentit que el consentiment a què es fa referència en aquestes disposicions es presta de manera vàlida quan l'emmagatzematge d'informació o l'accés a la informació ja emmagatzemada en l'equip terminal de l'usuari d'un lloc d'Internet a través de galetes s'autoritza mitjançant una casella marcada per defecte de la qual l'usuari ha de retirar la marca en cas que no desitgi prestar el seu consentiment".

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea analitza la regulació aplicable, que seria la següent: els articles 1, 2 by 7 de la Directiva 95/46; els considerants 17 i 24 de la Directiva 2002/58, que es remet a sobre el contingut i forma del consentiment a la directiva 95/46 i l'article 2, en què es concreten els considerants citats; i el Reglament 2016/679 que deroga el Reglament de protecció de dades. De la lectura de la sentència destaco les següents afirmacions que realitza el TJUE:

- Paràgraf 56. Al analitzar l'article 5.3 de la Directiva 2002/58 declara que "el consentiment de l'usuari ja no pot presumir i ha de resultar del comportament actiu d'aquest últim".
- Paràgraf 58. El TJUE afirma que la manifestació de voluntat ha de ser específica.
- Paràgraf 61. Interpreta l'article 4.1 del Reglament 2016/679 i declara que "és encara més estricte que l'article 2, lletra h, de la Directiva 95/46, ja que requereix una manifestació de voluntat lliure, específica, informada i inequívoca de l'interessat, que ha d'adoptar la forma d'una declaració o d'una clara acció afirmativa que marqui la seva acceptació del tractament de dades personals que el concerneixen".
- Paràgraf 62. Indica que "el Reglament 206/679 preveu expressament un consentiment actiu".

El consentiment que regula el Reglament 2016/679 és actiu i requereix una voluntat lliure, específica, informada i inequívoca de l'interessat. Per això, l'usuari que decideixi sotmetre a un ODR fundat en una decisió automatitzada ha de ser informat d'aquesta circumstància i d'informació significativa sobre la lògica aplicada, a més d'altres circumstàncies (art. 14.2 del Reglament).

L'article 22 del Reglament regula les decisions automatitzades, inclosa l'elaboració de perfils. En l'apartat primer preveu que "tot interessat tindrà dret a no ser objecte d'una decisió basada únicament en el tractament automatitzat". En el segon indica que no s'aplicarà l'anterior si "es basa en el consentiment explícit de l'interessat". En l'apartat tercer ordena al responsable del tractament que adopti "les mesures adequades per salvaguardar els drets i llibertats i els interessos legítims de l'interessat, com a mínim el dret a obtenir la intervenció humana per part del responsable, a expressar el seu punt de vista ja impugnar la decisió".

La conclusió es que es pot acudir a una decisió individual automatitzada per resoldre un conflicte, però cal que s'informi d'una sèrie de circumstàncies. Si no es realitza el consentiment no serà vàlid i es podrà revocar.

Si l'usuari és un consumidor és aplicable la Directiva 2013/11 / UE del Parlament Europeu i de Consell de 21 de maig de 2013, relativa a la resolució alternativa de litigis en matèria de consum i per la qual es modifica el Reglament CE número 2006 / 2004 i la Directiva 2009/22 / CE (Directiva sobre resolució alternativa de litis en matèria de consum)¹⁵⁷. L'article 10.1 d'aquesta directiva preveu que "els Estats membres han de vetllar perquè un acord entre el consumidor i el comerciant de sotmetre una reclamació a l'apreciació d'una entitat de resolució alternativa no sigui vinculant per al consumidor quan s'hagi celebrat abans que sorgís el litigi i quan tingui per efecte privar el consumidor del seu dret a recórrer davant dels òrgans jurisdiccionals competents per a la resolució judicial del litigi".

La conseqüència del que s'ha exposat és que el legislador espanyol, al transposar la directiva a través de la Llei 7/2017, en la disposició final quarta dona una nova redacció a l'article 63.1 de la LEC. En aquesta exclou la possibilitat

¹⁵⁷ Aquesta directiva va ser transposada per la Llei 7/2017, de 2 de novembre. Veure l'anàlisi que realitzo sobre aquesta llei en "la mediación de consumo y el proceso", en *Revista General de Dret Procesal* 48 (2019).

d'interposar quan el demandant sigui un consumidor i hi hagi un pacte previ de sotmetre a un procés de resolució alternativa de litigis de consum.

Una qüestió diferent es planteja quan s'intenta implementar la Intel·ligència Artificial en la presa de decisions judicials. Al meu entendre es parteix d'un error conceptual i és la funció de jutge en la resolució dels conflictes. Tal com entenem avui la divisió de poders el jutge ja no és la boca morta que pronuncia les paraules de la llei, tal com afirmava Montesquieu, sinó que és el que dicta la sentència judicial aplicant la llei i altres elements aliens a ella com la determinació dels fets provats.

A més defensar que una aplicació informàtica pot substituir un jutge o tribunal implica, entre altres coses, ressuscitar la teoria del sil·logisme judicial¹⁵⁸.

¹⁵⁸ En aquest sentit també es pronuncia el CEPEJ a *la Carta ètica ...*, cit., Paràgraf 78.

7. PREMISES PER L'APLICACIÓ DE LA INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL A LA DECISIÓ JUDICIAL: LA VINCULACIÓ A EL PRECEDENT JUDICIAL.

Una qüestió prèvia a l'anàlisi de l'ús del tractament de les dades jurisprudencials ja existents en un intent de predir la decisió judicial en el cas concret és determinar la vinculació de l'òrgan jurisdiccional que ha de jutjar un assumpte a les decisions anteriors adoptades per ell mateix o per altres Tribunals. Per respondre cal diferenciar dues qüestions: la vinculació a les decisions adoptades per altres tribunals i a les adoptades per ell mateix en supòsits similars.

El més habitual és que no hi hagi ni dos casos en què els fets siguin idèntics ni la mateixa solució jurídica. Els advocats de les parts, abans d'iniciar el procés o en el moment de contestar la demanda analitzen les lleis aplicables i la jurisprudència existents, a més de la doctrina, per determinar les possibilitats processals d'èxit i perfilar l'estratègia processal a seguir per aconseguir el millor resultat.

En aquesta tasca de recerca és important conèixer la resposta judicial que ha donat el mateix jutge o tribunal. L'advocat és conscient que no va a trobar dos casos similars, per la qual cosa és essencial aquesta tasca de recerca per extreure els arguments comuns que s'han utilitzat per resoldre casos similars que permetran defensar el seu client. A més, ha d'analitzar en el cas concret que fets va al·legar i com va intentar acreditar davant l'òrgan. Una vegada efectuada aquestes reflexions serà quan dissenyi la seva estratègia processal.

Des del punt de vista judicial la postura no és tan diferent. El jutge, en la solitud de la seva tasca prendrà la decisió jurisdiccional que estimi més oportuna a la vista dels fets que consideri provats, la llei aplicable i la jurisprudència que l'ha interpretat. És cert que un cop presa aquesta decisió pot tendir a tallar i enganxar dels arguments ja utilitzats en una altra resolució judicial, propi o aliè. Però és indubtable que prèviament haurà adoptat aquest judici jurisdiccional, que és la

finalitat última del procés judicial, i ho haurà revisat a través de la motivació de la resolució judicial¹⁵⁹

En aquesta labor, d'uns i d'altres, un instrument important serà conèixer el que han dit els tribunals, bàsicament les resolucions dictades per aquells que han de conèixer dels recursos que es puguin interposar contra la sentència que dicti el de primera instància. A Espanya, a l'igual que en altres països, és possible accedir a la jurisprudència dels Tribunals col·legiats. Fins i tot hi ha empreses privades com Westlaw, vLex o la Wolters Kluwer que faciliten aplicacions informàtiques als advocats i jutges perquè tinguin coneixement de les estadístiques de casos similars i els arguments jurídics que poden ser utilitzats.

Davant d'aquesta realitat la qüestió que es planteja és si no seria suficient amb que l'òrgan judicial es limités a indicar quins són els fets acreditats i l'aplicació informàtica, tenint en compte la decisió dels tribunals en casos similars, dictés la sentència. La societat pot entendre que això ha de ser així atenent a la seguretat jurídica, el principi d'igualtat i la celeritat dels processos judicials. No obstant això, aquest criteri és contrari a la independència judicial i a el principi de separació de poders.

Aquestes reflexions les realitzo amb l'actual situació legislativa a Espanya. A continuació analitzaré la vinculació que tenen els tribunals amb la decisió dels tribunals superiors i la relació amb la independència judicial.

7.1. LA JURISPRUDÈNCIA, LA VINCULACIÓ AMB LA DECISIÓ DELS TRIBUNALS SUPERIORS I LA INDEPENDÈNCIA JUDICIAL.

A nivell legislatiu, l'article 111-2 del Codi Civil de Catalunya preveu que “de manera especial, en interpretar i aplicar el dret civil de Catalunya s'han de tenir en compte la jurisprudència civil del Tribunal de Cassació de Catalunya i la del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no modificades per aquest Codi o

¹⁵⁹ L'article 120.3 de la Constitució Espanyola regula l'obligació de motivar les resolucions judicials, reproduint-se en els articles 248.2 LOPJ, 218.2 LEC i 142 LECRIM. Aquesta exigència l'ha inclòs el Tribunal Constitucional en el dret a la tutela judicial efectiva (veure per totes la Sentència de Tribunal Constitucional de 5 de maig de 2000) i el Tribunal Europeu de Drets Humans en el dret a un procés just que preveu l'article 6 del Conveni Europeu de Drets Humans (veure la Guia de l'article 6 del Conveni Europeu de Drets Humans, dret a un procés equitatiu - part civil-, Consell d'Europa / Tribunal Europeu de Drets Humans, 2013, pàg. 48). Sobre l'obligació de motivar veure per tots Taruffo, *la motivazione de la sentenza civile*, Pàdua, 1975, pp. 319 i ss

altres lleis. L'una i l'altra poden ésser invocades com a doctrina jurisprudencial als efectes del recurs de cassació”.

L'article 1.6 de el Codi Civil estatal preveu que "la jurisprudència complementarà l'ordenament jurídic amb la doctrina que, de manera reiterada, estableixi el Tribunal Suprem a l'interpretar i aplicar la llei, el costum i els principis generals del procés". És a dir, la jurisprudència no és una font de el dret, sinó un complement d'aquest. La seva funció és essencial per a la interpretació i aplicació de la llei a el cas concret.

És indubtable que un dels principis que informen la legislació és el de seguretat jurídica. El legislador reflecteix en les lleis aprovades els principis essencials de la comunitat en un moment determinat i aquesta les utilitza per prendre les seves decisions. La problemàtica es genera quan hi caben diferents interpretacions i les parts no arriben a un acord al respecte. En aquest cas cal acudir als mecanismes de resolució de conflictes per resoldre-ho. En aquest cas si ens trobem davant d'una matèria de caràcter dispositiu les parts podran resoldre-ho arribant a un acord o mitjançant la conciliació, mediació i arbitratge. En el cas en què això no fos possible serà la jurisdicció estatal la que hagi de resoldre-ho aplicant i interpretant la llei aplicable als fets objecte de litigi i creant el dret de el cas concret de manera irrevocable. Per unificar les diferents interpretacions jurídiques s'articula el recurs de cassació i la funció nomofilàctica d'ell mateix.

SERRA DOMÍNGUEZ afirma que "en línia de principis, el recurs de cassació resulta fins i tot més necessari que el recurs d'apel·lació, pel que fa troba les seves pròpies arrels en un dels drets més fonamentals de la persona, la igualtat davant la norma jurídica, i constitueix la clau de volta de el principi d'unitat jurisdiccional"¹⁶⁰. Des d'aquesta perspectiva vincula la uniformitat de la jurisprudència amb el principi d'igualtat dels ciutadans que es reconeix com a dret fonamental en l'article 14 de la Constitució Espanyola.

Des d'aquest punt de vista les sentències de Tribunal Suprem tindrien força vinculant per als òrgans jurisdiccional d'instància, els que no podrien apartar-se de la doctrina jurisprudencial declarada per aquest. Precisament en aquest context s'ha intentat la reforma de l'article 5 de la LOPJ en el Projecte de Llei Orgànica del poder Judicial remès pel Govern a les Corts Generals el 27 de

¹⁶⁰ SERRA DOMINGUEZ, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, p. 785.

gener de 2006, i que va decaure per la convocatòria d'eleccions generals¹⁶¹. De la mateixa manera el govern va aprovar el 4 d'abril de 2014 el Avantprojecte de Llei Orgànica del poder Judicial que preveia en el seu article 32 la doctrina jurisprudencial vinculant del tribunal Suprem que "serà d'obligada aplicació per a tots els jutges i tribunals en l'exercici de la potestat jurisdiccional"¹⁶²

La qüestió que sorgeix de forma immediata és si realment l'aplicació uniforme de el dret pels tribunals integra el dret a la igualtat dels ciutadans davant la llei o vulnera la independència judicial dels Tribunals. L'antecedent legislatiu el trobem en el recurs en interès de llei del procés contenciós administratiu (art. 100.7 LJCA) que preveia que "La sentència que es dicti ha de respectar, en tot cas, la situació jurídica particular derivada de la sentència recorreguda i, quan sigui estimatòria, ha de fixar en la decisió la doctrina legal. En aquest cas, es publicarà en el «Butlletí Oficial de l'Estat», i a partir de la seva publicació vincula a tots els jutges i tribunals inferiors en grau d'aquest ordre jurisdiccional "¹⁶³.

Per enfrontar-nos a aquest conflicte hem de tenir en compte que els drets fonamentals no tenen caràcter absolut, sinó que es poden limitar quan entrin en conflicte amb altres drets o interessos de similar categoria i aplicant el principi de proporcionalitat. Des d'aquesta perspectiva seria viable que s'estableixi com a límit de la independència judicial la seguretat jurídica¹⁶⁴

Aquests límits s'han d'establir pel legislador ordinari. En la meua opinió ha de fer-ho a través de llei orgànica, ja que l'article 81.1 de la Constitució Espanyola preveu que "són lleis orgàniques les relatives a el desenvolupament dels drets fonamentals" i ens enfrontem davant la resolució d'un conflicte entre dos drets fonamentals com és la independència judicial, que s'integra en el dret a la tutela judicial efectiva, i el dret a la igualtat i el principi de seguretat jurídica¹⁶⁵

¹⁶¹ Veure àmpliament l'anàlisi que efectua MUÑOZ ARANGUREN, en "Comentario sobre las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007. A vueltas con el valor vinculante de la jurisprudencia", en Revista General de Derecho Procesal, 2009, 17, p. 3 de la versió digital.

¹⁶² La Sala de Govern del tribunal Suprem sobre l'avantprojecte de 4 d'abril de 2014 LOPJ analitza aquest precepte i arriba a la conclusió que "no considera convenient la incorporació de la noció de jurisprudència vinculant, en la mesura que pot arribar a alterar el sistema de font establert".

¹⁶³ Aquest precepte va ser suprimit per la disposició final 3.2 de la Llei Orgànica 7/2015, de 21 de juliol.

¹⁶⁴ Veure àmpliament l'anàlisi que efectua TAPIA FERNANDEZ, en "¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)", en Justicia 2017, número 2, p. 58.

¹⁶⁵ En aquest sentit es pronuncia TAPIA FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 57 i 58.

En aquesta dualitat de principis es mou el Tribunal Suprem quan analitza el caràcter vinculant de la seva doctrina jurisprudencial i el principi d'independència judicial. Així la Sentència de la Sala del Civil del tribunal Suprem nombre 927/2007, de 26 de novembre, afirma al resoldre el motiu primer de el recurs de cassació, citant la sentència de Tribunal Suprem de 2 de febrer de 1994, que "en virtut el principi d'independència judicial ia tenor dels canvis socials i legals produïts, és legítim que una sentència d'un òrgan jurisdiccional inferior es separi de la doctrina del tribunal Suprem ". A continuació, desestima el motiu de cassació argumentant que l'Audiència Provincial "se separa de la doctrina jurisprudencial del tribunal Suprem, però no la desconeix, ja que la cita, però ho fa al considerar un element de dret no tingut en compte per l'Alt tribunal que li permet promoure una reorientació de la jurisprudència ".

El Tribunal Constitucional s'ha plantejat aquesta qüestió en nombroses sentències en què ha declarat la no vinculació de l'òrgan jurisdiccional a la jurisprudència anterior d'altres tribunals. L'excepció serien aquells casos en què el legislador preveu l'efecte vinculant de la sentència que dicti el Tribunal Suprem a la resta d'òrgans jurisdiccional de la jurisdicció ordinària. Aquest és el cas del suprimit article 100.7 LJCA de el recurs de cassació en interès del procés contenciós administratiu que preveu que "La sentència que es dicti ha de respectar, en tot cas, la situació jurídica particular derivada de la sentència recorreguda i, quan sigui estimatòria, ha de fixar en la decisió la doctrina legal. En aquest cas, es publicarà en el «Butlletí Oficial de l'Estat», ia partir de la seva publicació vincula a tots els jutges i tribunals inferiors en grau d'aquest ordre jurisdiccional "¹⁶⁶

El Tribunal Constitucional es va pronunciar sobre aquest precepte en la Sentència de la plena 37/2012, de 19 de març, que resol la qüestió d'inconstitucionalitat 9689/2009, interposada pel Jutjat Contenciós Administratiu número 1 d'Elx, descartant la seva inconstitucionalitat. El fonamenta en que:

"Perquè el legislador, d'acord amb la llibertat de configuració que li correspon a l'establir el règim jurídic dels recursos i en atenció a preservar interessos constitucionalment garantits, com ho són el principi de

¹⁶⁶ Aquest recurs tenia el seu antecedent en el recurs de cassació en interès de llei que regula els articles 1718 i següents LEC de 1881 (veure per tots el comentari que realitza SERRA DOMÍNGUEZ, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 923 i ss.). En el procés laboral també es regulava el recurs en interès de llei en els articles 185 i ss. de la Llei de procediment laboral (veure per tots CREMADES, *El recurso en interés de ley*, edit. Institut García Oviedo, Universitat de Sevilla, Sevilla, 1969).

seguretat jurídica (art. 9.3 CE) i l'aplicació igual de l' dret a tot el territori nacional (art. 1.1, 14 i 139.1 CE), ha establert en l'art. 100.7 LJCA el caràcter vinculant de la doctrina legal establerta pel Tribunal Suprem al resoldre recursos de cassació en interès de llei, el que, a banda de ser exercici legítim de les facultats de legislador, no pot de cap manera considerar lesiu per a la independència judicial, que implica la submissió a l'imperi de la llei (art. 117.1 CE), i que inclou també, com ja es va dir, el respecte «a la doctrina legal del tribunal Suprem amb valor complementari de l'ordenament jurídic» (STC 133/1995, F. 5). Cal recordar, d'altra banda, el caràcter excepcional de el recurs de cassació en interès de llei, tant per la limitació dels legitimats per interposar, com per la seva finalitat específica: corregir les sentències dels tribunals inferiors que s'estimen «greument danyoses i errònies », de manera que el Tribunal Suprem pugui fixar, si escau, una doctrina legal correctora i vinculant, però respectant la situació jurídica particular derivada de la sentència impugnada (STC 111/1992, F.4)".

A Espanya el sistema de fonts de l'ordenament jurídic no contempla la jurisprudència com una d'elles, sinó com un complement de les mateixes¹⁶⁷. La funció dels tribunals no és el dictar normes generals i abstractes, sinó el resoldre els casos concrets que se sotmeten al seu enjudiciament. Tal com afirma la Sala de Govern del tribunal Suprem en l'informe a l'Avantprojecte de Llei Orgànica del poder Judicial de 4 d'abril de 2014 "la funció que posseeix la doctrina assegurada de manera reiterada pel Tribunal Suprem, tant en el nostre sistema jurídic quant a aquells altres que pertanyen a la mateixa concepció de el Dret, no és la de redactar normes generals, sinó la d'establir el sentit que una disposició té davant un concret litigi "¹⁶⁸

A més, reconèixer aquest caràcter vinculant de la jurisprudència de Tribunal Suprem és contrari a la divisió de poders que informa el nostre Estat de Dret¹⁶⁹. Això implicaria reconèixer funcions legislatives als tribunals i seria contrari a l'article 117.3 de la Constitució Espanyola que recull la funció dels

¹⁶⁷ NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I, Introducción*, edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 2019, pp. 41 i ss.

¹⁶⁸ Sala de Govern del tribunal Suprem, Informe a l'Avantprojecte de Llei Orgànica del poder Judicial de 4 d'abril de 2014, pàg. 33.

¹⁶⁹ En aquest sentit es pronuncia la Sala de Govern del tribunal Suprem en l'informe a l'Avantprojecte de la Llei Orgànica del poder Judicial de 4 d'abril de 2014, cit., Pàg. 33. En aquest sentit veure COMOGLIO, a "Riflessioni seu rule of law i precedent giudiziale", en *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, pp. 942 i ss.).

tribunals de justícia. La funció legislativa correspon el poder legislatiu, concretament a les Corts Generals com a representants de la sobirania nacional.

7.2. LA VINCULACIÓ DE L'ÒRGAN JURISDICCIONAL ALS SEUS CRITERIS JURISDICCIONALS PREVIS.

Perquè aquestes aplicacions predictives funcionessin caldria que els òrgans jurisdiccional estiguessin vinculats per les seves decisions anteriors¹⁷⁰. El que s'ha exposat té una relació directa amb el dret a la igualtat i de seguretat jurídica.

El Tribunal Constitucional s'ha pronunciat de forma reiterada sobre aquesta qüestió. L'Acte de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 176/2005, de 5 de maig n'admet un recurs d'empara en el qual s'al·lega la vulneració el dret a la tutela judicial efectiva i de el dret a la igualtat en l'aplicació de la llei. En el fonament jurídic segon el motiva amb cita de sentències anteriors del tribunal Constitucional:

"Pel que fa a la pretesa violació de el dret a la igualtat en l'aplicació de la Llei (art. 14 CE), hem de recordar que, segons reiterada jurisprudència d'aquest Tribunal, des de la STC 8/1981, de 30 de març , F. 6, el dret a la igualtat en l'aplicació judicial de la Llei proscriu el tracte desigual que no té justificació adequada. En l'àmbit de protecció d'aquest dret, la doctrina constitucional ha anat perfilant una sèrie de criteris, que resulten rellevants per al cas examinat, i que es sintetitzen, entre moltes altres, en les STC 266/1994, de 3 d'octubre, F. 3, 188/1998, de 28 de setembre, F. 4, 240/1998, de 15 de desembre, F. 6, i 176/2000, de 26 de juny, F. 3, com ara: a) el tracte desigual ha de provenir d'un mateix òrgan judicial; b) només cal apreciar tracte desigual en la decisió de casos substancialment iguals, i c) el tractament desigual ha de concretar-se en la fallida injustificada del criteri aplicatiu mantingut fins llavors per l'òrgan jurisdiccional, responent així a una ràtio decidendi només vàlida per al cas concret decidit, sense vocació de permanència o generalitat.

¹⁷⁰ Tal com he analitzat anteriorment no és el cas de la jurisprudència en l'ordenament jurídic espanyol. L'excepció el constitueix les sentències de Tribunal Constitucional i de el Tribunal de Justícia de la Unió Europea que sí que tenen caràcter preceptiu

Com es pot comprovar la doctrina del tribunal Constitucional arriba a les següents conclusions:

- un òrgan jurisdiccional no està vinculat per la jurisprudència d'un altre tribunal.
- respecte de la seva jurisprudència anterior tan sols està vinculat quan concorrin els següents requisits: que els casos siguin substancialment iguals i que el tracte desigual es concreti en una fallida injustificada d'el criteri mantingut fins aleshores.

Quan concorrin aquestes circumstàncies i el Tribunal no justifiqui el seu canvi de criteri estarà vulnerant el dret a la igualtat en l'aplicació de la llei.

7.3. LA VINCULACIÓ DELS TRIBUNALS A LES SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL I DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA.

Les reflexions anteriors es realitzaven en referència als òrgans de la jurisdicció ordinària. En l'organització jurisdiccional ha altres tribunals al marge de la jurisdicció ordinària, les decisions tenen caràcter vinculant per a la jurisdicció ordinària. Em refereixo al Tribunal Constitucional i al Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

El caràcter vinculant de la jurisprudència de Tribunal Constitucional està previst a l'article 5.1. de la Llei Orgànica del poder Judicial:

"La Constitució és la norma suprema de l'ordenament jurídic, i vincula a tots els jutges i tribunals, els qui interpretaran i aplicaran les lleis i els reglaments segons els preceptes i principis constitucionals, d'acord amb la interpretació dels mateixos que resulti de les resolucions dictades per el Tribunal Constitucional en tot tipus de processos ".

Tal com afirma PÉREZ GORDO el Tribunal Constitucional va a "actuar com a legislador o com a jutge a dir el dret, el nou dret, i fins i tot a donar el dret"¹⁷¹. Estic d'acord amb aquesta conclusió que PÉREZ GORDO ja vaticinava el 1972¹⁷². El Tribunal Constitucional en la funció de controlar la constitucionalitat de les lleis s'ha convertit en un autèntic legislador. I aquesta funció s'ha recollit en l'article 5.1. LOPJ.

A diferència de les reflexions que he fet anteriorment, la jurisprudència que dicta el Tribunal Constitucional sí que té caràcter vinculant per als òrgans jurisdiccionals de la jurisdicció ordinària.

A idèntica conclusió hem d'arribar quan Espanya cedeix part de la seva sobirania al signar un tractat internacional, que en el que ens interessa fa referència a la submissió a determinats tribunals internacionals. Aquest és el cas del tribunal de Justícia de la Unió Europea.

Un dels aspectes més controvertits de el dret comunitari són els efectes de les sentències que el TJUE dicta en tota classe de procediments. En aquest apartat podem partir de la base que les sentències del TJUE té el mateix valor que les que dicten els Tribunals Constitucionals estatals en l'àmbit de la seva competència¹⁷³.

En el cas de dubte sobre la interpretació o aplicació de el dret de la Unió Europea, original o derivat, el tribunal nacional, que actua com a jutge comunitari, té l'obligació de plantejar la qüestió prejudicial davant el Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Una vegada que aquest ha declarat la interpretació o l'aplicació

¹⁷¹ PÉREZ GORDO, *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, edit. Bosch. Barcelona, 1982, p. 32. Posteriorment analitza les sentències interpretatives i afirma que "en la mesura que s'interpreti en el sentit que el Tribunal Constitucional considera com adequat a la Constitució o no la interpreti en el sentit (o sentits) que considera inadequats, o, fins i tot, integratives, satisfent insuficiències dels textos legals a aplicar, realment el que fa és legislar" (op. cit., pàg. 64).

¹⁷² PÉREZ GORDO, "el control de constitucionalidad de las leyes", *Revista Jurídica de Catalunya*, número 3, 1972, pp. 83 i ss., que es va publicar també a *Estudios de Derecho Procesal*, edit. Portico, Zaragoza, 1981, pp. 365 i ss.

¹⁷³ Sobre aquesta qüestió veure àmpliament l'anàlisi que realitza JIMENO BULNES, a *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1991, pp 455 i ss. Després de desenvolupar la doctrina i jurisprudència, nacional i internacional, que s'ha pronunciat sobre els efectes de les sentències dictades pel TJUE a l'resoldre una qüestió prejudicial plantejada a l'empara de l'article 177 TCE conclou que "l'esquema previst a la Constitució i a la LOTC amb relació a el valor de les sentències constitucionals procedents del nostre Tribunal Constitucional pot ser traslladat a l'espai comunitari" (op. cit., pàg. 506).

d'una norma de la Unió, original o derivada, els jutges nacionals tenen l'obligació de seguir el criteri indicat. En cas contrari s'estaria vulnerant el dret a la tutela judicial efectiva¹⁷⁴.

Un altre Tribunal Internacional a què Espanya s'ha sotmès és el Tribunal Europeu de Drets Humans a l'adherir-se al Conveni Europeu de Drets Humans. Doctrinalment s'ha discutit el caràcter vinculant per als jutges nacionals de la seva jurisprudència. A més, a nivell intern l'única norma que regula l'efectivitat de les sentències que dicti és la causa de l'acció de revisió de sentències fermes¹⁷⁵. Tal com afirma GUILLÉN LÓPEZ "l'activisme el Tribunal ha aconseguit posar l'obligatorietat i l'eficàcia de les seves sentències com a principi de general observança, com a concepte a què es concedeix una vis atractiva respecte de la resta dels constructes processals"¹⁷⁶.

A la pràctica judicial el Tribunal Suprem ha admès l'eficàcia directa de les Sentències dictades pel Tribunal Europeu de Drets Humans en processos diferents dels que es va al·legar la vulneració el Conveni Europeu de Drets Humans. Així la interlocutòria de ple del tribunal Suprem de 2 de febrer de 2015 respon a la qüestió de si pot valorar de nou el que ja resolts per sentència ferma quan posteriorment a la mateixa el TEDH dicta una sentència que pot influir en el sentit de la decisió, admetent l'incident de nul·litat d'actuacions després de sentència ferma que s'havia plantejat al·legant la vulneració d'un dret fonamental. Al fonament jurídic sisè afirma què "la funció i les competències que els actuals arts. 32 i 46 del conveni atribueixen a el Tribunal Europeu de Drets Humans fan que la interpretació dels preceptes del conveni per dit Tribunal tingui una eficàcia interpretativa molt rellevant respecte dels drets fonamentals i llibertats públiques reconeguts en la nostra Constitució".

¹⁷⁴ Veure per totes la Sentència de Tribunal Constitucional nombre 241/2015, de 5 de novembre i l'anàlisi que realitzo en *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

¹⁷⁵ La Llei Orgànica 7/2015, va reformar les lleis d'enjudiciament dels quatre ordres jurisdiccionals per incloure com a causa de revisió de sentències fermes "quan el Tribunal Europeu de Drets Humans hagi declarat que la resolució ha estat dictada en violació d'algun dels drets reconeguts en el Conveni Europeu per a la Protecció dels drets Humans i Llibertats Fonamentals i els seus Protocols, sempre que la violació, per la seva naturalesa i gravetat, comporti efectes que persisteixin i no puguin cessar de cap altra manera que no sigui mitjançant aquesta revisió, sense que la mateixa pugui perjudicar els drets adquirits de bona fe per terceres persones". Així fa una nova redacció als articles 102 LJCA, 510 LEC, 328 Llei processal militar,

¹⁷⁶ GUILLÉN LÓPEZ, en "ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo", en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 42, 2018, p. 356.

Com es pot comprovar no li reconeix directament l'eficàcia directa, però a l'admetre l'incident està fent implícitament.

7.4. APLICACIONS INFORMÀTIQUES COM ALTERNATIVA A LA JURISDICCIO.

En l'àmbit processal podem comprovar com s'ha intentat agilitzar la decisió dels afers. Sense cap dubte és una necessitat ja que no es pot assumir que un litigi es perllongui durant anys fins a la seva decisió final. Només cal analitzar l'última Sentència de Tribunal Suprem per comprovar el temps i els esforços dedicats a el procés.

No obstant això, en la pràctica és de difícil realització. El legislador ha intentat acudir a altres mitjans per solucionar, o al menys pal·liar, l'excessiva durada dels processos judicials. D'una banda, es regulen nous processos en detriment de les garanties de les parts i atenent a una celeritat que no sempre s'aconsegueix¹⁷⁷. De l'altra, es potencien institucions ja existents, com la conciliació i la mediació¹⁷⁸, amb la intenció de solucionar els litigis abans que es plantegin judicialment.

La finalitat en tots dos casos és la mateixa, a l'igual que el resultat. Només cal comprovar l'impacte que ha tingut en els tribunals aquestes reformes processals per arribar a la conclusió que no han aconseguit el seu objectiu.

Ara es planteja un nou instrument, que és la ciberjustícia. Els seus defensors confien que una aplicació informàtica resolgui els processos judicials, atenent a la llei aplicable i al precedent judicial. Així, per exemple, a França¹⁷⁹ s'afirma que

¹⁷⁷ Així per exemple es va realitzar la reforma de la LEC per la Llei 5/2018, d'11 de juny, de modificació de la Llei 1/2000, de 7 de gener d'enjudiciament civil, en relació amb l'ocupació il·legal de béns immobles. Sobre la mateixa veure extensament l'anàlisi que realitzo a "Especialitats processals del desallotjament de l'habitatge ocupat il·legalment", en Revista General de Dret Processal , número 46, setembre 2018.

¹⁷⁸ En aquest sentit l'avantprojecte de Llei d'Impuls de la Mediació, aprovat pel Consell de Ministres l'11 de gener de 2019, preveu l'obligació legal d'intentar la mediació en determinades matèries. No obstant això, no va ser enviat a al Congrés dels Diputats per la convocatòria d'eleccions generals.

¹⁷⁹ A França es va modificar el procés civil per la Llei 2019-222, de 23 de març de 2019 de programació 2019-2022 de reforma de la justícia.

la seva implantació podria resoldre automàticament uns 2,7 milions de casos a l'any¹⁸⁰.

A priori la idea és suggerent. Es pot argumentar que dota de previsibilitat a la resolució de l'assumpte. Però llavors ressorgeix la reflexió de Satta que si les parts sabessin la decisió que es va a adoptar no iniciarien el procés judicial¹⁸¹

Un altre argument és que implicarà una resposta judicial més àgil. La pregunta que em faig és a què queda reduïda la tasca del jutge¹⁸². Potser la resposta sigui a la declaració de fets provats. I serà qüestió de temps que la mateixa aplicació informàtica pugui realitzar aquesta tasca. En la meua opinió pot ser cert que es facilitarà la tasca del tribunal ja que la solució i argumentació de el cas concret la realitzarà l'aplicació informàtica, una vegada que es determinin quins són els fets provats. Però això és erroni si tenim en compte que el judici jurisdiccional es forma al llarg de el procés judicial. des l'escrit inicial les parts determinen la seva estratègia processal i redacten els seus escrits d'al·legacions en funció de l'argumentació que utilitzaran per convèncer l'òrgan judicial de la bondat d'aquestes. De la mateixa manera, el jutge o tribunal des del moment en què llegeix els escrits de les parts es forma un criteri. Aquest va a prendre decisions al llarg de el procés en funció de la controvèrsia concreta, per exemple, a l'admetre o inadmetre un mitjà de prova per considerar-ho pertinent o no. I totes aquestes decisions integren el judici jurisdiccional.

És a dir, el judici jurisdiccional no es pot reduir a la distinció entre fet i dret ja que impossible. Aquest constitueix una activitat interna de el jutge que només es pot explicar conjuntament¹⁸³.

¹⁸⁰ Dada extret de https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/robots-ahorrarian-cuarta-parte-trabajo-jueces-espanoles_0_1260174449.html.

¹⁸¹ Satta realitza aquesta afirmació a l'relacionar judici i norma i defensar que el primer és creació (en *Manual de Derecho Procesal Civil*, volum I, edit. Edicions Jurídiques Europa-Amèrica, Buenos Aires, 1971, pàg. 177).

¹⁸² Aquesta pregunta no és nova, sinó que se l'ha plantejat la doctrina processal des dels seus inicis. Veure àmpliament NIEVA FENOLL (en *Derecho Procesal I. Introducción*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 56 y ss.), RAMOS MÉNDEZ (en *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, edit. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 21 y ss.) y SERRA DOMÍNGUEZ (en "el juicio jurisdiccional", en *Jurisdicción, acción y proceso*, edit. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 69 y ss.).

¹⁸³ MAZARELLA, ('Fatto i diritto' in cassazione , a "Rivista di Diritto Processuale", 1974, pg. 82 i ss.), Nasi (Fatto -giudizio di- , a "Enciclopèdia di diritto", tom XVI, Milan, 1967, pg. 201 i ss.), PUNZI (giudizio di fatto i giudizio vaig donar diritto , Milan, 1963) i SATTA (Diritto Processuale Civile , 8a edició, cit., pg. 158 i ss.). A Espanya s'han pronunciat en aquest sentit FAIREN GUILLEN (De los hechos al derecho. Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995, en "Revista de Derecho Procesal", 1997-2, pg. 355; anteriorment ja s'havia pronunciat sobre aquest tema en la doctrina legal i el control dels fets a la cassació civil i laboral espanyola , a "Temas de l'Ordenament Processal", tom II, Madrid, 1969, pg. 1044 i ss.), GUASP (Juez y hechos en el

No sabem que ens depararà el futur, però per descomptat en aquest moment no conec cap aplicació informàtica que pugui fer la funció jurisdiccional tal com l'he exposat.

Alguns Estats s'han plegat a la divinitat informàtica. Així a Estònia, el Brasil o la Xina s'està aplicant per resoldre una sèrie de processos i als Estats Units hi ha programes que fins i tot determinen el *periculum in mora* per adoptar una mesura cautelar personal en un procés penal. Des del punt de vista humà és comprensible que es derivi la responsabilitat a l'aplicació informàtica. Si afegim elements com el volum de treball dels tribunals i els mitjans precaris de què està dotada l'administració de Justícia, s'entén millor aquesta delegació de funcions. Des d'aquesta perspectiva el que interessa a l'Estat és que es dictin moltes sentències, al marge de la seva qualitat jurídica i els efectes sobre els drets fonamentals.

Es pot contra argumentar que hi ha molts casos idèntics. Així per exemple és simptomàtic que l'any 2018 es van dictar 71.962 sentències en les accions individuals sobre condicions generals incloses en contractes de finançament amb garanties reals immobiliàries, el prestatari sigui una persona física, de les que el 96,7% de les mateixes van ser estimatòries. En el primer trimestre del al 2019 el percentatge és similar ia les estimatòries van ser de el 96,3% de les 30.744 sentències dictades¹⁸⁴.

És cert que en aquests supòsits la sentència que es va a dictar és previsible. El que és incomprendible és que la part demandada provoqui l'inici del procés judicial negant al demandant la satisfacció de la seva pretensió de manera extraprocessal. Aquesta actitud hauria de ser sancionada legalment. No obstant això, el legislador no ho ha previst i es va limitar a regular un procediment de reclamació prèvia a l'entitat financera, que va ser un fracàs a la vista de les dades facilitades pel CGPJ sobre les sentències estimatòries dictades en aquest procediment.

proceso civil, Barcelona, 1943), PRIETO-CASTRO (Los hechos en casación, en "Estudios y comentarios para la teoría y la practica procesal civil", vol. i, Madrid, 1950, pg. 244 i seg.) i SENTIS Melendo (*Ex factor oritur ius –del hecho nace el derecho-*, en "La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio", Buenos Aires, 1978, pg. 391 i ss.) entre d'altres. Més recentment veure per tots GUASCH (El fet i el dret a la cassació civil , Barcelona, 1997) i NEVA FENOLL (*El hecho y el derecho a la casación penal* , Barcelona, 2000).

¹⁸⁴ Font Consell General de Poder Judicial, Dades sobre l'efecte de la crisi en els òrgans judicials per TSJ fins primer trimestre 2019.

Des d'una perspectiva de tècnica processal el normal és que aquests procediments individuals s'haguessin remès a l'acció col·lectiva. No obstant això, molts consumidors van optar per efectuar una reclamació individual i no esperar que es dictés sentència ferma en el procediment iniciat per Adicae contra totes les entitats financeres que incloïen en els contractes de crèdit hipotecari alguna clàusula que consideraven abusiva com el venciment anticipat. Les raons d'aquesta decisió és que la importància econòmica de les quantitats reclamades justifiquen l'inici d'un procés judicial al marge de l'acció col·lectiva, en la qual ni tan sols podien participar en aquest moment processal. A més, s'ha d'afegir el retard en la tramitació d'aquest procés judicial¹⁸⁵. Finalment, la principal raó crec que és la deficient regulació legislativa. Tots aquests factors han contribuït a la ineficàcia de l'acció col·lectiva.

Finalment, en relació amb la nul·litat de determinades clàusules incloses en contractes de finançament amb garanties reals immobiliàries, el prestatari sigui una persona física he de recordar l'evolució jurisprudencial i legislativa. Des de la perspectiva judicial es inadmetia qualsevol intent d'al·legar la nul·litat del contracte de préstec hipotecari o l'existència d'una clàusula abusiva. És el TJUE en el qual, en la Sentència de 14 de març de 2013, assumpte C-415/11, cas Aziz, declara que és contrària a la directiva 93/13 / CEE de Consell de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, que no permeti que l'òrgan judicial pugui analitzar el caràcter abusiu d'una clàusula. La conseqüència va ser que els òrgans jurisdiccionals espanyols les van estudiar i van declarar el caràcter abusiu d'alguna de les incloses en el contracte de préstec hipotecari.

No obstant això, la trajectòria en l'apreciació de les clàusules abusives no està sent senzill. El TJUE ha resolt nombroses qüestions prejudicials plantejades pels òrgans jurisdiccionals espanyols relacionades amb el procés d'execució de títol no judicial, especialment l'hipotecari¹⁸⁶. Actualment està pendent de resoldre altres qüestions prejudicials que afectessin a aquesta matèria.

A títol d'exemple una de les qüestions prejudicials pendents és si l'índex IRPH com a referència per a la determinació de l'interès remuneratori pot o no ser

¹⁸⁵ El procediment es va iniciar per Adicae davant a l'Jutjat del Mercantil número 11 de Madrid l'any 2010, i no es va dictar sentència fins al 7 d'abril de 2016. Aquesta va ser recorreguda davant la secció 28 de l'Audiència Provincial de Madrid que va dictar la sentència 603/2018, de 12 de novembre.

¹⁸⁶ Veure àmpliament l'anàlisi que vaig efectuar a *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

objecte de control d'abusivitat preveu la Directiva 93/13 / UE o està exclòs per l'excepció que preveu l' article 1.2. de la Directiva, tal com considera la Sala del Civil del tribunal Suprem en la sentència número 669/2017, de 14 de desembre, amb el vot particular del magistrat Javier Orduña que dissentia de la decisió majoritària¹⁸⁷. L'advocat general en les seves conclusions afirma que no es pot excloure del control de abusivitat i no és aplicable l'excepció de l'article 1.2 de la Directiva. Si el TJUE en la sentència que resolgui la qüestió prejudicial arriba a aquesta mateixa conclusió la conseqüència serà que els tribunals espanyols hauran d'analitzar el caràcter abusiu o no. Una qüestió diferent serà la resposta judicial que es doni i que segurament serà diferent.

A la vista d'aquestes dades podria semblar que la solució és pràcticament automàtica. Això no aquesta així, sinó més aviat al contrari. És cert que actualment hi ha una doctrina consolidada sobre el caràcter abusiu de la clàusula sòl o del venciment anticipat. El Tribunal Suprem ha dictat sentències resolent accions col·lectives sobre aquesta matèria. Però el problema concorre precisament en el fet que el mateix Tribunal Suprem ha limitat l'abast de l'eficàcia d'aquestes sentències resolent accions col·lectives a les accions individuals. Així la Sentència de la Sala del Civil del tribunal Suprem nombre 367/2017, de 23 de desembre declara que la sentència dictada en l'acció col·lectiva té efectes directes en l'acció individual, i que "el jutge només podrà resoldre en un sentit diferent , és a dir, només podrà negar el caràcter abusiu de la clàusula, quan constin en el litigi circumstàncies excepcionals referides a el perfil de client la la informació subministrada pel banc predisponent en aquest cas concret, que s'aparten significativament del que pot considerar-se l'estàndard mitjà i justifiquin que les raons per la qual es va estimar l'abusivitat de la clàusula en la sentència que va resoldre l'acció col·lectiva no siguin d'aplicació en aquest litigi sobre l'acció individual ".

És a dir, el Tribunal Suprem limita els efectes de la sentència dictada en l'acció col·lectiva si concorren unes circumstàncies concretes. La conseqüència ha estat que les entitats financeres les han al·legat per justificar el caràcter no abusiu de les clàusules denunciades com a tals pel consumidor¹⁸⁸.

¹⁸⁷ La qüestió prejudicial va ser plantejada pel Jutjat de Primera Instància número 38 de Barcelona, i es tramita com assumpte C-125/18.

¹⁸⁸ Tal com he indicat anteriorment el 96,7% de les demandes interposades pels consumidors afectats són estimades íntegrament.

La qüestió que em va plantejar és quina és la solució davant d'aquesta problemàtica i concretament si podríem anar a alguna aplicació informàtica. Al meu entendre la resposta ha de ser negativa perquè s'ha d'analitzar les circumstàncies de el cas concret per determinar si concorre o no l'excepció al·legada per l'entitat financera. Una qüestió diferent és la mala fe amb què es actuen a l' realitzar l'al·legació, però no acreditar documentalment la informació que es va donar al consumidor bancari.

La solució és regular d'una manera adequada l'acció col·lectiva i que el legislador hagués imposat una solució legal i no deixar-ho a la reclamació davant els tribunals, el que ha provocat el col·lapse dels jutjats creats ad hoc per resoldre aquestes qüestions.

Com a conclusió d'aquest apartat entenc que les aplicacions informàtiques tenen la seva aplicació en l'àmbit jurídic i seran fonamentals per al jurista, amb independència de la seva posició processal. No obstant això, tal com entenem en aquest moment la jurisdicció i el judici jurisdiccional, amb les garanties que han de concórrer, aquestes no poden substituir la funció de jutge o magistrat.

8. LA INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL, L'ALGORISME I EL SIL·LOGISME JUDICIAL.

Existeixen molts sistemes d'Intel·ligència Artificial, però l'aplicable a la presa de decisions humanes seria l'anomenat enfocament botton-up. La IA s'ha dividit en tres tipus, que són la IA específica, la IA general i la súper intel·ligència. La aplicada actualment en la nostra vida diària per prendre o facilitar decisions és la primera, que serien sistemes capaços de realitzar una tasca concreta¹⁸⁹. Tal com ens informa OLIVER "la disponibilitat de quantitats ingents de dades -Big datada com a resultat de l'activitat humana a través de l'ús de serveis digitals així com processos de digitalització de el món físic, acompanyada per la disponibilitat de processadors molt potents a baix cost i el desenvolupament d'arquitectures de xarxes neuronals profundes i complexes - models deep learning entrenats amb aquestes dades ha donat lloc al fet que la Intel·ligència Artificial visqui avui dia una primavera perpètua -en paraules del professor i amic de la Universitat de Standford Andrew Ng "¹⁹⁰.

L'aplicació de la Intel·ligència Artificial a l'àmbit jurídic ja s'està produint, tant en la redacció de contractes com en la prestació d'assessorament legal com en la presa de decisions judicials.

La relació de la Intel·ligència Artificial amb l'assessorament jurídic no la vaig a desenvolupar en aquest treball, ja que no és l'àmbit d'aquest que es centra en la seva influència en el procés judicial. De tota manera, no vull deixar de donar la meva opinió. Considero que és una eina imprescindible per al professional jurídic, però utilitzada en el context adequat. És indubtable que hi ha moltes consultes bàsiques per als que serà molt útil i potser la funció de l'advocat es pot limitar a validar les circumstàncies de el cas concret i fer la consulta. Actualment les bases de dades jurídiques ja inclouen totes les sentències de Tribunal Suprem i d'Audiències Provincials en l'ordre civil. Una qüestió diferent és com es

¹⁸⁹ Sobre aquesta qüestió hi ha nombrosa bibliografia. Les referències de el text les he extret de OLIVER, "Inteligencia artificial: ficción, realidad y ... sueños", discurs de presa possessió com a acadèmica de número de la Reial Acadèmia d'Enginyeria llegit en la sessió solemne de 11 de desembre de 2018. Està disponible en versió electrònica a <http://www.raing.es/es/publicaciones/discursos-de-ingresos/inteligencia-artificial-ficci-n-realidad-y-sue-os>

¹⁹⁰ OLIVER, op. Cit., Pp. 16 i 17.

classifiquen ja que depèn dels meta dades i la classificació que poden realitzar persones o fins i tot aplicacions informàtiques. Però el que no ofereixen aquestes bases de dades són els fets fàctics sobre els quals es realitza la consulta i els interessos de client quan demana assessorament legal. A més, el que ens va a facilitar és l'estat de la qüestió consultada des d'un punt de vista històric, però no la seva possible evolució. Així, per exemple, si l'any 2012 ser hagués consultat les possibilitats d'oposar l'existència d'una clàusula abusiva a una execució hipotecària, la resposta hagués estat la seva inviabilitat i la possible condemna en costes que també hagués pogut quantificar. Ha de ser una persona, en aquest cas l'advocat que ho planteja en el cas concret, a què aquesta resposta no li quadra aplicant els seus coneixements jurídics. En aquest cas vinculant el procés d'execució hipotecària de l'habitatge de l'executat amb la seva condició de consumidor i amb la Directiva 93/13 / UE.

La pregunta que plantejo és si això ho hagués pogut realitzar una aplicació informàtica. Es podria respondre que sí, però per a això caldria que el programa, a més d'oferir-nos l'estat de la qüestió des del punt de vista jurisprudencial, hagués hagut de relacionar el cas concret amb els principis aplicables i proposar una solució diferent de la que ens dona la jurisprudència des d'una perspectiva històrica. No dic que en un futur no es pugui realitzar ja que les possibilitats del processament de dades i la investigació que s'està realitzant el pot fer possible, però actualment crec que estem molt lluny d'afirmar que es pot realitzar.

En la meua opinió és la que s'aplicaria per complementar i / o substituir les decisions judicials, però tal com ens diu OLIVER "estem molt lluny d'arribar a aquest tipus de sistemes". I afegeix que "els sistemes actuals manifesten un tipus limitat d'intel·ligència ja que són incapaços, entre altres coses, de generalitzar i estendre els seus nivells de competència en una certa tasca a altres àmbits de manera automàtica, com faria un humà"¹⁹¹

Des del punt de vista processal la qüestió no és nova. He de destacar els treballs de SATTA, CARNELUTTI i CAPOGRASSI. Especialment suggerent és el títol de la feina de CARNELUTTI que és Matemàtica i Dret. Actualment a Espanya han analitzat aquesta possibilitat GUZMAN FLUJA¹⁹², BONET

¹⁹¹ OLIVER, op. Cit., Pp. 21 i 22.

¹⁹² GUZMAN FLUJA, "sobre la aplicació de la intel·ligència artificial a la solució de conflictes", a *Justícia civil y penal en la era global*, edit, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 69 y ss.

NAVARRO¹⁹³, NIEVA FENOLL¹⁹⁴, BARONA VILAR¹⁹⁵ y ARMENTA DEU¹⁹⁶. Si hi ha una conclusió comuna a tots ells és que és essencial l'element subjectiu del jutge. Així per exemple CAPOGRASSI afirma que "indubtablement aquesta lògica de l'objectivitat no elimina la subjectivitat del jutge. Després de tot això, queda el jutjar en la seva part més secreta i delicada, en el moment de la decisió en què l'home jutge, no se sap si amb la seva intel·ligència o la seva voluntat o amb tot, diu l'última paraula"¹⁹⁷. O que tal com afirma CARNELUTTI. "Pel que fa a l'jutjar s'assigna un significat comprensiu de tota l'activitat de la pensada, també el sil·logisme, sinó per descobrir serveix per aprovar el descobriment"¹⁹⁸. O que tal com adverteix SATTA si fos possible aconseguir una solució automàtica a el problema jurídic plantejat no es litigaria, sinó que les parts acudirien a aquest sistema¹⁹⁹.

No obstant això, en la pràctica observem com els Tribunals adopten les seves decisions confiant en la solució oferta pels programes informàtics que combinen les dades de les sentències dictades amb l'algoritme dissenyat per un programador per dir-nos quina és la decisió previsible.

És una tendència de tots els sistemes revolucionaris quan tenen èxit el voler eliminar la subjectivitat de l'aplicador de el dret, que en aquest cas és el jutge. Només cal analitzar la veritable intenció de MONTESQUIEU quan dissenya la teoria de la divisió de poders quan afirma que els jutges són "la boca morta que pronuncien les paraules de la llei". O l'origen històric de el recurs de cassació en la França revolucionària i que era l'instrument utilitzat per l'Assemblea Legislativa per "casser" les sentències dictades pels jutges i que segons la interpretació que aquesta realitzava fossin contràries a les lleis aprovades per aquesta²⁰⁰.

¹⁹³ BONET NAVARRO, "la tutela judicial de los derechos no humanos. De la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos", en Revista *CEFLEGAL*, *CEF*, número 208, mayo 2018, pp. 55 i. ss.

¹⁹⁴ NIEVA FENOLL, *Inteligencia Artificial y proceso judicial*, edit. Marcial Pons, 2019.

¹⁹⁵ BARONA VILAR, *Algoritmización del derecho y de la justicia*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

¹⁹⁶ ARMENTA DEU, *Derivas de la justicia, tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambio*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2021.

¹⁹⁷ CAPOGRASSI. "Giudizio, processo, scienza, verita", a *Rivista di Diritto Processuale* 1959, pp. 10 i 11.

¹⁹⁸ CARNELUTTI, a "Matemática i diritto", a *Rivista di Diritto Processuale* 1951, pàg. 203.

¹⁹⁹ SATTA, *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 177.

²⁰⁰ Veure NIEVA FENOLL, *el recurso de casación civil*, edit. Ariel Derecho, Barcelona, 2003, pp. 24 y ss.

En aquest context és on sorgeix una teoria a la qual jo trobo molts punts de connexió amb la Intel·ligència Artificial aplicada a la presa de decisions judicials, que és el sil·logisme judicial.

8.1. EL SIL·LOGISME JUDICIAL.

El moment essencial de la jurisdicció és el judici. Tot el procés s'encamina a fer possible que un tercer, el jutge, estableixi la norma de conducta que ha de ser imposada a les parts en el cas concret. Precisament per aquesta característica la doctrina ha intentat desentranyar l'activitat que realitza el jutge per efectuar aquesta conversió.

En un primer moment es va a la teoria del sil·logisme judicial²⁰¹. Coincideix amb l'auge del positivisme i l'època de la codificació. Tot això respon a la noció que MONTESQUIEU tenia de l'activitat jurisdiccional. Per al filòsof francès la funció judicial havia de limitar-se a ser la boca de la llei, la seva activitat havia de reduir-se a la simple subsumpció de fet en la norma²⁰².

CALAMANDREI afirmava que no es podrà mai negar que en la sentència "es conté un judici lògic, el qual, com tot judici, encara el més elemental i el més simple, ha de ser el resultat d'un sil·logisme, explícit o inconscient"²⁰³. A continuació, afegia que "si la llei estableix que, quan es verifica un fet específic en determinats extrems, s'ha de produir una certa conseqüència jurídica, quan el jutge ha establert en la realitat la certesa de l'existència de tals extrems, ha establert a el mateix temps la certesa que la voluntat abstracta de llei s'ha fet concreta en el cas especial, i en aquest sentit ha de decidir "

La gènesi lògica es dividirà en les següents fases: un examen preliminar sobre la transcendència dels fets; una interpretació dels resultats; la construcció de fets específics concrets a base dels judicis singulars de fet; i la qualificació jurídica comparant el fet específic la certesa s'ha establert amb el fet específic legal,

²⁰¹ Tal com indica BOURCIER ha estat l'època del "legislador totpoderós". A continuació, afegeix que "els sistemes d'assistència a la decisió en l'àmbit de el dret reprendre en un primer moment aquesta preeminència de l' llenguatge" (en *Inteligencia Artificial y Derecho*, edit. UOC, Barcelona, 2002, pàg. 144

²⁰² Veure PEDRAZ PENALVA, *la Jurisdicción...*, cit., pg. 919.

²⁰³ CALAMANDREI, *la Génesis Lógica de la Sentencia Civil*, en "Estudios sobre el Proceso Civil", ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pg. 371.

determinant l'efecte jurídic²⁰⁴. La motivació de la sentència serà l'exteriorització de la construcció interna realitzada per l'òrgan judicial²⁰⁵

Altres representants d'aquesta teoria són CHIOVENDA²⁰⁶, ROCCO²⁰⁷, GÓMEZ ORBANEJA²⁰⁸ i MORÓN PALOMINO²⁰⁹.

Aquesta concepció, si bé és molt pedagògica, no resulta adequada a la realitat. Les crítiques que s'han formulat a la teoria sil·lògica es poden dividir en dos grans grups²¹⁰: unes afirmen la falsedat i la limitació de la representació del judici i l'altres neguen la distinció entre fet i dret.

CALAMANDREI adverteix que l'esquema traçat per ell no és el que realitza el jutge al dictar sentència. En primer lloc, perquè l'operació lògica que realitza és molt més complexa que la que ha exposat perquè són molts els punts de dret i de fet que ha de resoldre. I en segon lloc, perquè aquestes fases que ha distingit no se succeeixen de forma separada, sinó que "s'alternen i compenetren d'una manera inconscient i irregular"²¹¹. Posteriorment afirmaria en diverses ocasions que la teoria del sil·logisme judicial no és suficient per explicar la formació de l'opinió, ja que en la mateixa no es tenen en compte els judicis intencionals o de valor que realitza l'òrgan jurisdiccional i que són determinants de la sentència que es dicta. En aquest sentit arriba a invertir la tècnica del sil·logisme judicial a l'afirmar que "passa, de vegades que el jutge al fer la sentència, inverteix l'ordre natural del sil·logisme: és a dir, primer troba la part dispositiva i després les premisses que serveixen per justificar-ho"²¹²; fins i tot arriba a afirmar que "més que a la virtut cerebral de la dialèctica, els bons jutges confien en la seva pura sensibilitat moral"²¹³. Finalment, la transcendència dels judicis de valor sobre l'esquema lògic traçat anteriorment ho resumeix afirmant que "l'angoixa més obsessionant per un jutge escrupolós ha de ser precisament aquesta: sentir, suggerida per la consciència, com és la decisió justa i no aconseguir trobar els

²⁰⁴ CALAMANDREI, op. cit., pg. 412-413.

²⁰⁵ CALAMANDREI, "La crisis de la motivación", en *Proceso y Democracia*, ed. EJEA, Buenos Aires, 1960, pg. 115-116.

²⁰⁶ CHIOVENDA, *Instituciones ...*, cit., Pg. 183.

²⁰⁷ ROCCO, *la Sentencia Civil*, México, 1945, pgs. 50 y ss.

²⁰⁸ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, cit., pg. 420 y ss.

²⁰⁹ MORÓN PALOMINO, *Problemática de la Sentencia Civil*, en "Revista de Derecho Procesal", 1964, pg. 47 y ss.

²¹⁰ Veure àmpliament Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Pàdua, 1975, pgs. 149 i ss.

²¹¹ CALAMANDREI, *la Génesis...*, cit., pg. 416.

²¹² *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Madrid, 1936, pg. 104.

²¹³ En op. cit., pg. 106

arguments per demostrar segons la lògica. En aquest aspecte, és convenient que el jutge tingui també, fins i tot en petit grau, una mica de l'habilitat de l'advocat; perquè al redactar els fonaments ha de ser el defensor de la tesi abans fixada per la seva consciència"²¹⁴

Els jutges i tribunals es veuen influïts pels elements volitius interns, que òbviament no han estat presos en consideració per les lleis ni explica per què les normes jurídiques tenen significats diversos ni com la voluntat declarada pot ser contraposada²¹⁵. A més, el dogma de l'ordenament jurídic tancat ha deixat de ser considerat vàlid des de fa temps, admetent-se que el jutge supleix les llacunes de l'ordenament²¹⁶; en aquest sentit SATTA objecta a aquesta teoria que si existís una norma jurídica directament aplicable a el cas concret, les parts la trobarien abans que el jutge i no litigarien²¹⁷. Per això el jutge ha de crear la norma; és a dir, "fixar l'experiència jurídica del concret"²¹⁸.

Fins i tot el sector doctrinal que afirma que la jurisdicció actua el dret en el cas concret reconeix que hi ha supòsits en què el jutge crea el dret. Així MONTERO AROCA individualitza tres plans en què es produeix la tasca creadora de la jurisdicció²¹⁹:

- quan la llei confia als òrgans judicials la missió de crear la norma aplicable al cas concret.
- quan la norma general no es configura de forma completa.
- quan la norma no és susceptible d'aplicació directa.

CARNELUTTI considerava que aquesta teoria havia vist el sil·logisme, però no el que hi ha dins que és el judici. La diferència entre un i altre és que mentre el primer demostra, el segon realitza una invenció en el sentit de descobrir o trobar. Afirma que no és senzilla la demostració racional, però l'experiència ha ensenyat als juristes a distingir entre sentència i motivació²²⁰. En la seva opinió la transformació entre l'ordre abstracta de la llei a la concreta de la sentència es

²¹⁴ En op. cit., pg. 107.

²¹⁵ Veure àmpliament SERRA DOMÍNGUEZ, Jurisdicció, cit., pp. 71.

²¹⁶ FRANCO ARIAS, op. cit., pg. 92.

²¹⁷ SATTA, *Diritto ...*, cit., Pg. 154 (i en la pg. 177 de l'edició espanyola).

²¹⁸ SATTA, loc. Cit.

²¹⁹ MONTERO AROCA, *Introducción...*, cit., pg. 51-53.

²²⁰ CARNELUTTI, *Matematica e Diritto*, a "Rivista di Diritto Processuale", 1951, pg. 202.

realitza a través de la interpretació que s'obté a través d'un complex de judicis, d'existència i de valor²²¹.

TARUFFO afirma que el sil·logisme judicial és una teoria del judici que es funda en la manera en què s'enuncia la decisió; és a dir, part del pressupost que l'estructura del raonament decisorí coincideix amb l'estructura de el raonament expressat en la motivació. A continuació, considera que és errònia perquè no es pot demostrar que el raonament decisorí tingui una estructura sil·logística i és incompleta si es presenta com a teoria de la motivació perquè la deducció és només un component de la motivació²²². Finalment, considera que és falsa si s'afirma que tot el judici es redueix a l'activitat sil·logística, però és certa si es limita a la lògica de l'opinió, encara que aquesta teoria no explica com és el seu àmbit d'aplicació i deixa sense explicar aspectes molt rellevants de l'estructura del judici²²³.

Davant aquestes objeccions la doctrina respon afirmant la complexitat del judici jurisdiccional. A l'ésser una activitat interna resulta impossible saber quin és l'esquema lògic de la mateixa²²⁴. CAPOGRASSI afirma que "aquesta lògica de l'objectivitat no elimina la subjectivitat de jutge. Després d'això, queda el jutjar en la seva part més secreta i delicada, en el moment de la decisió en què l'home-jutge, no és més que la seva intel·ligència o la seva voluntat o amb totes dues, diu l'última paraula "²²⁵. RAMOS MÉNDEZ critica aquesta objecció perquè no aprofundeixen en l'activitat mental del jutgador²²⁶.

Per a un correcte plantejament de la qüestió cal examinar la possible activitat de jutge. SERRA DOMÍNGUEZ distingeix tres tipus de judicis²²⁷: els judicis històrics, els judicis lògics i els judicis de valor. Els primers s'utilitzarien en el coneixement de la relació fàctica que s'enjudicia; els segons en el coneixement de la llei i les diverses interpretacions que es pot realitzar de la mateixa; i finalment els elements interns que fan que el jutge es decanti per una d'elles. Els judicis de valor són els predominants en el moment de la decisió: a través d'ells

²²¹ CARNELUTTI, "Profilo dei rapporti tra diritto e processo", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, p. 542.

²²² TARUFFO, op. cit., pg. 156.

²²³ TARUFFO, op. cit., pgs. 158 y 159.

²²⁴ GUASP, *Comentarios...*, cit., pg. 16.

²²⁵ CAPOGRASSI, *Giudizio Processo Scienza Verità*, en "Rivista di Diritto Processuale", 1950, pg. 10-11.

²²⁶ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pg. 180.

²²⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, *el Juicio Jurisdiccional*, cit., pg. 94.

es va a interpretar la situació concreta i el significat de la llei que s'ha d'aplicar a la mateixa²²⁸.

En sentit similar SATTÀ afirmava que "quan ho declara, com es diu, no fa sinó triar entre mil hipòtesis possibles la que considera més corresponent amb la realitat: i aquesta elecció, al meu parer, és indubtablement una creació, no una mera percepció o recepció, d'on pot dir-se veritablement que el fet existeix tal com el jutge el declara "²²⁹.

Posteriorment aquesta teoria és reformulada per RAMOS MÉNDEZ²³⁰. Pren com a punt de partida l'afirmació de SERRA DOMÍNGUEZ, que "el judici individual del jutge, ajustat o no a la llei, just o injust, val com a únic dret indiscutible en les relacions entre els particulars"²³¹. Conseqüentment afirma la creació judicial de el dret. Des del seu punt de vista la llei seria un element de referència del jutge, però no l'únic. Aquesta serviria perquè el jutge conegués quin és el judici de valor dominant en la societat. I aquest ha de ser respectat pel jutge en tant que és funcionari de l'Estat, però no per la jurisdicció com a institució²³². En aquest sentit és significatiu que l'únic recurs que es preveu contra els laudes arbitrals sigui el recurs d'anul·lació, que com hem indicat és un nou procés que examina unes causes determinades, però que no entra a conèixer de la qüestió de fons plantejada.

El respecte de la llei per l'òrgan judicial és un "desideratum" intern difícilment controlable²³³. Per aconseguir-ho es permet recórrer la resolució jurisdiccional davant un òrgan compost per major nombre de membres perquè hi hagi més judicis de valor i que el que un mantingui es contraresti pel dels altres membres de Tribunal. D'aquesta manera no s'aconsegueix el respecte de la llei, sinó que la decisió respongui a el sentir majoritari de la societat representada pels jutges²³⁴.

²²⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, *el Juicio...*, cit., pg. 93.

²²⁹ SATTÀ, *Derecho Procesal Civil. Manual...*, cit., pg. 177.

²³⁰ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pgs. 201 y ss.

²³¹ SERRA DOMÍNGUEZ, *el Juicio...*, cit., pg. 113.

²³² SERRA DOMÍNGUEZ, *el Juicio...*, cit., pg. 89 y 114.

²³³ RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pg. 217

²³⁴ En aquest sentit SATTÀ afirmava que "el procés es troba en una total autonomia davant de la llei, l'ordre, l'autonomia en la qual i per la qual l'ordre, com a acte arbitrari de l'imperi, es dissol ... el procés, un cop s'ha instituït, viu de vida pròpia" (en "Il misterio del processo", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1949, pg. 277 y 280).

La importància dels judicis de valor es demostra en la teoria tòpica²³⁵ i retòrica²³⁶ que intenten explicar l'estructura del judici jurisdiccional. La teoria tòpica no exclou l'aplicació de la deducció sil·logística ja que no es presenta com un model de l'opinió, sinó com una indicació de procediment d'elecció de la premissa i dels criteris a utilitzar pel jutge²³⁷. Des d'aquesta perspectiva aquesta teoria es pot resumir en dos aspectes: les premisses no es trien en un sistema complet, ordenat o tancat de proposicions que tinguin un significat unívoc, ni es dedueixen de pressupostos fixos; per contra, es trien en l'àmbit de múltiples *topoi*²³⁸ disponibles i fora de tot vincle²³⁹. És a dir, el jutge utilitza no només conceptes jurídics sistemàticament determinats, sinó també nocions de sentit comú²⁴⁰. TARUFFO considera que el mèrit d'aquesta teoria es troba no en ser un model de la motivació ni un esquema lògic justificatiu, sinó que manifesta una sèrie de factors rellevants respecte a la finalitat justificativa a la qual es dirigeix i que s'escapen d'un anàlisi lògica -deductiu²⁴¹. La importància d'aquesta teoria és que posa en relleu que l'ordenament jurídic no és tancat i que, de vegades, el jutge utilitza judicis de valor dominants en un moment determinat en la societat parar formar-se el judici. Però se li ha criticat que l'ús dels *topos* en la solució d'un problema "equivale en línia de màxima a l'adopció d'un punt de vista simple i aproximativa d'un principi o d'una regla de judici"²⁴².

L'altra teoria que ha intentat explicar el raonament judicial és la nova retòrica. TARUFFO la resumeix en els següents punts²⁴³:

- El raonament jurídic no es pot identificar amb el raonament lògic-demostratiu típic de les ciències exactes: és un raonament dialèctic-pràctic, relatiu essencialment a valors i a eleccions valoratives.

²³⁵ VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, traducció DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Madrid, 1986.

²³⁶ PERELMAN, "Raisonnement juridique et logique juridiques", en *IX Archives de Philosophie du Droit*, 1966, pgs. 1 y ss.

²³⁷ Veure l'anàlisi i crítica d'aquesta teoria que realitza TARUFFO, op. cit., pgs. 172 i ss.

²³⁸ La noció de *topoi* és incerta. La noció de punts de vista només evidencien caràcters extrínsecs, substancialment reductibles a dos: la no rigorosa determinació del seu significat i el fonament de la *communis opinio* (TARUFFO, op. Cit., pp. 175).

²³⁹ TARUFFO, op. cit., pg. 173.

²⁴⁰ TARUFFO, op. cit., pg. 174.

²⁴¹ TARUFFO, op. cit., pg. 180.

²⁴² TARUFFO, op. cit., pg. 189. Veure el el balanç general que realitza d'aquesta teoria a op. cit., pàg. 186 i ss.

²⁴³ TARUFFO, op. cit., pp. 193 y ss.

- El raonament jurídic és el raonament del jutge, quant aquest últim constitueix el centre de tot raonament jurídic. Conseqüentment, el raonament del jutge té naturalesa retòric-argumentativa.

La crítica que li formula TARUFFO a aquesta doctrina és que l'únic que pretén és demostrar és que per explicar l'argumentació jurídica no es pot acudir a la concepció matemàtica-deductiva. Però no exclou que estiguin presents en algun moment de el raonament judicial fases dotades d'estructura lògica²⁴⁴. Una altra crítica que li formula és que no es pot parlar de raonament jurídic com una categoria unívocament determinada ja que s'ha de distingir el de legislador, el judicial, el de l'advocat i el del jurista, tenint cada un d'ells caràcters propis. Finalment aquesta teoria presumeix una homogeneïtat interna de el raonament que, en realitat, no té²⁴⁵. El seu mèrit resideix a demostrar que hi ha àrees de raonament del jutge constituïdes essencialment per valoracions de caràcter axiològiques o d'eleccions discrecionals entre alternatives igualment vàlides i que no és possible revisar de manera lògica. La diferència amb la teoria tòpica és que aquesta opera en moments en què el raonament decisorí és lògicament obert, mentre que la retòrica ocupa els espais no lògics de el raonament justificatiu, però no l'esgota²⁴⁶.

8.2. LA RELACIÓ FET-DRET.

Un dels principals problemes de les teories que intenten explicar el judici jurisdiccional rau en establir correctament la relació entre fet i dret. He analitzat com la teoria del sil·logisme judicial considera que hi ha una premissa major que és la llei, una premissa menor que és el fet i una conclusió que és la sentència judicial. Des d'aquesta concepció no hi ha cap problema en diferenciar el fet i el dret. Però, aquesta teoria no respon a la realitat ja que no té en compte els judicis de valor que seran determinants del resultat final i la constant interrelació que es produeix entre ells per formar el judici jurisdiccional.

La crisi del sil·logisme judicial va fer que es plantejés la relació fet-dret, posant en relleu un sector de la doctrina la impossibilitat de realitzar aquesta distinció perquè es tracta d'una activitat interna del jutge que només es pot explicar

²⁴⁴ TARUFFO, op. cit., pp. 196 i 197.

²⁴⁵ TARUFFO, op. cit., pp. 197 i 198.

²⁴⁶ TARUFFO, op. cit., p. 203.

conjuntament. Això obliga a analitzar aquesta distinció des de la perspectiva de la jurisdicció i del judici jurisdiccional que he adoptat i afirmar-la o, si escau, proposar una alternativa a aquesta.

Des de la perspectiva del sil·logisme judicial el fet i el dret existeixen de forma independent de el procés, és a dir, no necessiten de el procés per realitzar-ho²⁴⁷. Però aquesta distinció és absolutament empírica perquè no hi ha judici de fet que no sigui judici de dret i viceversa²⁴⁸. Per corroborar aquesta afirmació hem d'analitzar l'existència de fet i de dret extraprocessalment.

L'home tendeix a conuiu en societat, i com els béns són limitats es produeix el conflicte²⁴⁹. Una vegada que es planteja ha diversos mecanismes per resoldre-ho, l'únic en què conflueixen els caràcters de jurisdiccionalitat és el heterocompositiu. A través d'ell, es confia a un tercer la solució del conflicte, sent d'obligat compliment per les parts. Aquesta vinculació a la resolució del tercer es realitza voluntàriament per les parts abans d'acudir a ell o de forma obligatòria per la llei²⁵⁰.

La qüestió que es planteja és el valor que tenen els mecanismes de solució extrajudicial del conflicte. Segons el concepte que he mantingut de dret no es pot enquadrar en aquest terme al no poder ser imposat coactivament a les parts²⁵¹. Per a això serà necessari que hi hagi una resolució judicial que convalidi o accepti la solució que les parts han donat a el cas concret. Aquesta serà obligatòria per a les parts no per la conformitat de les parts sinó perquè un òrgan jurisdiccional l'ha convalidat. Des d'aquesta perspectiva els acords extraprocessals no deixen de ser un mecanisme de resolució del conflicte no jurídic, que només es converteix en dret si es convalida judicialment²⁵². Per tant,

²⁴⁷ SATTA y PUNZI, *Diritto Processuale Civile*, tomo I, Padua, 1992, p. 200

²⁴⁸ SATTA y PUNZI, op.cit., pg. 201.

²⁴⁹ Si bé aquest és l'origen de el dret, en l'actualitat les relacions jurídiques tenen una major complexitat, el que motiva que el dret no es planteji només quan hi ha un conflicte, sinó que també existeix quan hi ha una incertesa o una possibilitat de que s'hagi plantejat un conflicte, com pot ser el cas del procés penal en què no es determinarà si hi ha conflicte fins que es dicti la sentència.

²⁵⁰ En un primer moment la vinculació es realitzava perquè les parts se sotmetien voluntàriament a la decisió del tercer que havia estat designat per ells, posteriorment el pretor assumeix l'auctoritas i l'imperium perquè les parts se sotmetin a la seva decisió (veure extensament SERRA DOMÍNGUEZ, "El juicio jurisdiccional..." , cit., pg. 167). Sobre el concepte d'auctoritas veure extensament Carreras Llansana, "Las fronteras del juez", en *Estudios de Derecho Procesal* -amb FENECH NAVARRO-, Barcelona, 1962, pp.. 103 i ss.

²⁵¹ Veure SATTA, *Jurisdicción, nociones generales*, en "Soliloquios y coloquios de un jurista", Buenos Aires, 1971, pg. 288.

²⁵² En contra NEVA FENOLL que no dota el dret de la nota d'imperativitat, pel que entén que en aquest cas s'actua extraprocessalment el dret (op. Cit., Pg. 117).

el compliment voluntari d'una pauta de conducta general no resideix en la seva obligatorietat en el cas concret, ja que aquesta és privativa del judici jurisdiccional, sinó la previsió que aquest pot obligar a realitzar la conducta extraprocessal, de manera que es opta per realitzar-la extraprocessalment.

La norma jurídica es converteix per tant en una orientació que es fa al justiciable de quins són els judicis de valor dominants en un moment determinat per a la societat. Però la seva mera existència no constitueix cap garantia per a les parts que van a el procés que van a tenir èxit en la demanda plantejada, sinó que només serveix per determinar les seves possibilitats. L'única norma de conducta vàlida per a les parts serà la que determini el jutge en la sentència²⁵³. Per això podem concloure que les normes jurídiques són una mera previsió del resultat o proposta de norma de conducta que pel seu caràcter general ha de ser particularitzada en el cas concret pel jutge, creant d'aquesta manera el dret.

D'altra banda, ens trobem amb el fet extraprocessal. Des d'un punt de vista filosòfic s'ha afirmat la seva inexistència ja que no hi ha fets sinó percepcions sobre els fets²⁵⁴. Des del punt de vista processal només interessen els que s'introdueixen en el procés i són tinguts en compte per l'òrgan jurisdiccional en el moment de dictar la sentència. La resta de les circumstàncies fàctiques no existeixen des d'aquesta perspectiva i la resolució judicial serà igualment eficaç.

La distinció fet-dret només es fonamenta des d'una perspectiva dualista del dret, però fins i tot des d'aquest punt de vista caldria concloure que tampoc és vàlida perquè "el llenguatge permet separar conceptualment el fet i el dret, però no així la realitat que no permet la subsistència aïllada de el dret "²⁵⁵.

Hem de concloure que extraprocessalment no existeix el dret entès com l'existència d'una norma de conducta que es pot imposar de manera coactiva. Tampoc existeixen fets jurídics ja que aquests només adquireixen aquesta condició en la mesura que s'incorporin al judici jurisdiccional. Per això tota actuació voluntària d'una llei o pauta de conducta genèrica no és dret, sinó un fet natural que es pot incorporar a un futur judici jurisdiccional.

²⁵³ SERRA DOMÍNGUEZ, *juicio jurisdiccional*, cit., pg. 195.

²⁵⁴ Veure extensament NIEVA FENOLL, op. cit., pp. 101 i ss.

²⁵⁵ NIEVA FENOLL, op. Cit., p. 136.

Un dels avenços de la visió judicialista del dret o de les teories monistes és analitzar la jurisdicció des de la perspectiva estàtica i dinàmica²⁵⁶. D'aquesta manera s'expliquen algun dels problemes que deixaven sense resoldre les teories dualistes. A més, constata com el procés només es pot analitzar des de la perspectiva dinàmica ja que està en contínua evolució.

Des d'una perspectiva estàtica seria possible realitzar la distinció entre fet i dret. En aquest sentit GUASP afirmava que tenia dues conseqüències transcendents per a la pràctica processal: la primera seria que el principi dispositiu només s'aplica sobre el material de fet; i el segon permetre la divisió del procés en instàncies²⁵⁷. No obstant això, com ja vam tenir ocasió d'analitzar²⁵⁸, el principi dispositiu no incideix només sobre el material de fet, sinó sobre el judici jurisdiccional. La segona incidència tampoc és vàlida perquè la divisió del judici en instàncies no deriva de la distinció entre el fet i el dret, sinó de la necessitat que els judicis de valor utilitzats per l'òrgan jurisdiccional siguin confrontats per un tribunal compost per més persones i que tenen més experiència, de manera que el judici concret d'un d'ells es matisa pel de la resta de membres de l'òrgan col·legiat²⁵⁹.

No obstant això, el legislador no és conscient que els criteris que estableix són inaplicables des d'un punt de vista pràctic i que només s'apliquen si adoptem una visió estàtica de el procés, i fins i tot des d'aquesta perspectiva és criticable perquè no es pren en consideració el fet sinó la percepció que tenen el jutge i les parts de la mateixa.

Com hem analitzat el procés és activitat, el que significa que des que s'inicia només podem contemplar els actes de les parts i de el jutge des d'una perspectiva dinàmica. I des d'aquesta posició és impossible distingir nítidament entre fet i dret. Però el legislador efectua aquesta distinció en diferents moments²⁶⁰: en l'escrit de demanda (art. 399 LEC i 163 CPC); en l'audiència prèvia a l'judici distingint entre els qüestions de fet i jurídiques (art. 428 LEC) per determinar l'objecte de la prova; en la sentència a l'distingir entre els antecedents

²⁵⁶ SATTA y PUNZI, op. cit., pg. 12 y ss.

²⁵⁷ GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, cit, p. 13.

²⁵⁸ *El allanamiento en el proceso civil*, Barcelona, 2000, p. 38 y ss.

²⁵⁹ SERRA DOMÍNGUEZ (*Juicio Jurisdiccional*, cit., pg. 182) y MARTIN DEL BURGO y MARCHAN (*Una visión antidogmática de la sentencia*, en "Revista General de Derecho", julio-agosto 1997, núm. 634-635, pg. 8594).

²⁶⁰ A continuació citarem tant la nova LEC com el Codice di procedura Civile per constatar que aquesta distinció no és privativa del nostre ordenament jurídic, sinó que també ho efectuen els Estats del nostre entorn jurídic

de fet i els fonaments de dret (art. 208 LEC i en el recurs de cassació a l'admetre només per infracció de les normes aplicables per resoldre les qüestions objecte del procés (art. 477 LEC i art. 360 CPC).

Aquests preceptes no analitzen la relació des d'una perspectiva estàtica, sinó que la mateixa evoluciona mentre es desenvolupa el procés. Com a prova d'aquesta afirmació n'hi ha prou amb constatar que en la pràctica les qüestions de fet i de dret s'entremesclen al llarg de l'escrit de demanda, el que ha donat lloc a la distinció doctrinal entre la teoria de la substanciació i de la individualització. I hem de tenir en compte que les dues teories es mostren d'acord que els únics fets processalment rellevants són els que integren la causa petendi de la sol·licitud²⁶¹

Per tant, la distinció entre fet i dret en el procés no fa referència, sinó a l'activitat interna del jutgador per formar-se el judici jurisdiccional. Aquest no es forma en el moment final del procés, sinó des del plantejament de la demanda²⁶². Des d'aquest moment el jutge o tribunal comença a formular el dret entès com la resolució definitiva de la qüestió que se li planteja, el que explica que des d'un moment inicial es pugui formar un judici provisional per adoptar una mesura cautelar (art. 728.2 LEC). Per això és impossible la distinció entre el fet i el dret. Però precisament per la parcialitat dels escrits de demanda i de contestació el jutge ha de depurar les afirmacions sobre els fets a través de la prova i del procediment, per d'aquesta manera vincular-los amb la causa de demanar.

A més, l'òrgan jurisdiccional no es forma el judici en l'últim moment del procés, sinó que des de la lectura de la demanda comença a reflexionar sobre la solució més justa a el cas concret. La doctrina és conscient d'això, i per aquesta circumstància s'ha pronunciat reiteradament sobre la impossibilitat de distingir entre les qüestions de fet i de dret. S'ATTA afirmava que "l'aplicació de el dret al fet s'efectua a través de la recerca i la fixació de la regla de l'experiència, que constitueix el veritable judici, i com a tal no és aïllable el dret de fet ... La creació en concret de la norma es realitza sobre la base d'una regla d'experiència, que és determinant conjuntament del judici de dret i de fet"²⁶³. SENTIS MELENDO

²⁶¹ GUASCH FERNANDEZ, op. cit., p. 184

²⁶² Sobre la influència de l'escrit de demanda en la formació del judici veure MUÑOZ SABATE, *Indicios probatorios en los escritos de alegaciones*, en "Estudios de práctica procesal", Barcelona, 1987, pg. 195 y ss.

²⁶³ S'ATTA, *Diritto Processuale Civile*, 8ª edición, cit., pg. 158.

afirma que "el fet i el dret viuen units i fusionats"²⁶⁴. NIEVA FENOLL afirma que "és impossible establir una distinció entre el fet i el dret en el procés"²⁶⁵ i GUASCH FERNANDEZ mostra els dubtes que li planteja aquesta distinció, a més que "en el procés, el fet no és un element independent, sinó una construcció que deriva de l'activitat probatòria, i concretament de l'apreciació realitzada per l'òrgan jurisdiccional"²⁶⁶.

Aquesta última reflexió ens obliga a plantejar la dicotomia. La doctrina del sil·logisme judicial i, en general, les concepcions dualistes de la jurisdicció parteixen de la distinció de fet i el dret com a conceptes independents²⁶⁷. Ja hem analitzat com extraprocessalment no té sentit perquè el fet que té importància és aquell que es converteix en dret, ja que en cas contrari és irrellevant. Per això en el procés no és important el fet metafísicament considerat, sinó les afirmacions que realitzen les parts sobre les percepcions fàctiques que han tingut, el que es traduirà en una nova percepció de l'òrgan jurisdiccional sobre l'acreditació de les afirmacions realitzades per les parts. I totes dues estan directament influïdes per l'interès de la persona: que en el cas de les parts serà l'interès particular i en el de el jutge la resolució del conflicte. Per això des d'un primer moment la percepció dels fets està directament influïda per les seves conseqüències jurídiques.

A tall de conclusió podem afirmar que, si el dret es crea a través de la sentència, no es pot plantejar la distinció entre fet i dret perquè el segon necessita el primer per dictar-se. És a dir, és inconcebible una resolució judicial que no faci referència a el fet concret que se li ha plantejat. I en el cas que es dictés seria ineficaç en la pràctica.

Com indicàvem anteriorment la distinció fet-dret només té sentit quan es contempla el procés d'una manera estàtica, però no d'una manera dinàmica. A més, només és admissible des d'una perspectiva dualista de les relacions dret-procés. Per això entenem que aquesta distinció no té sentit i que és perjudicial per al correcte desenvolupament del procés.

²⁶⁴ SENTIS MELENDO, *Ex factor oritur ius (del hecho nace el derecho)*, en "La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio", Buenos Aires, 1978, pg. 394.

²⁶⁵ Op. Cit., p. 127.

²⁶⁶ Op. Cit., p. 185.

²⁶⁷ És molt interessant l'anàlisi que realitza NEVA FENOLL sobre aquesta distinció des de la perspectiva dualista (op. Cit., Pg. 136).

Per corroborar les conclusions que hem realitzat de forma general contemplarem el procés en les seves diverses etapes per constatar la inexistència pràctica d'aquesta distinció. En tot cas volem ressaltar que a través de l'anàlisi d'aquesta distinció es podria recórrer totes les institucions processals, ja que en totes elles esta subjacent la distinció entre fet i dret²⁶⁸. A continuació, analitzarem la distinció en les diferents etapes de el procés, ja que el fet evoluciona durant el desenvolupament del procés²⁶⁹.

Com hem indicat l'art. 399 LEC regula el contingut de la demanda distingint entre la narració dels fets i els fonaments de dret. El legislador regula detalladament els escrits de demanda (art. 399 LEC) i de contestació a la demanda (art. 405 LEC). La importància pràctica dels escrits d'al·legacions és identificar el judici que se seguirà, el que es realitza a través de la determinació de les persones, la petició i la causa de demanar²⁷⁰. Per realitzar-lo el legislador exigeix que es concretin els fets objecte del procés, la pretensió i els fonaments de dret que condueixen a ella. Com es pot observar l'estructura de la demanda és idèntica a la del sil·logisme judicial.

La pràctica és conscient de la limitació de l'esquema legislatiu, per la qual cosa sorgeixen dues teories al voltant de la fonamentació de la demanda: la teoria de la substanciació i la teoria de la individualització. La primera d'elles exigeix que en la demanda es detallin els fets, mentre que en la segona n'hi ha prou amb una simple individualització de la relació jurídica controvertida²⁷¹. Aparentment en el procés civil espanyol regeix la teoria de la substanciació ja que en el procés es realitza un sil·logisme i cal aportar els seus dos elements²⁷². Més enllà de les discussions teòriques s'observa com des d'un punt de vista pràctic la demanda es basa fonamentalment en els fets i en els fonaments de dret ja que si no s'interrelacionen la situació fàctica serà irrellevant²⁷³. A més, es tendeix a convèncer l'òrgan jurisdiccional de la justícia de la petició. És a dir, es manifesta la importància dels fets sobre els fonaments jurídics.

²⁶⁸ En aquest sentit GUASCH FERNANDEZ, op. cit., pg. 178.

²⁶⁹ En aquest sentit GUASCH FERNANDEZ, op. cit., pg. 185.

²⁷⁰ RAMOS MENDEZ, *Guia para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, 2000, pg. 305.

²⁷¹ Ver àmpliament FAIREN GUILLEN, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, voz "demanda", tomo VI, Barcelona, 1954, pg. 749 y ss.

²⁷² en aquest sentit FAIREN, op. ult. Cit., Pg. 752. Realitza aquesta afirmació al comentar l'art. 523 LEC de 1881, però és plenament traslladable a la nova LEC al no haver variat el contingut de la demanda.

²⁷³ En tot cas la importància d'aquests elements varia en funció de la pretensió que s'exerceixi. Veure àmpliament SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios ...*, cit., Pg. 733 i ss.

Però fins i tot fer referència en aquest moment processal als fets és tècnicament incorrecte. En la demanda no s'exposen fets, sinó afirmacions sobre els mateixos. A més, aquestes són interessades al realitzar-les parts per demostrar la justícia de la seva pretensió. Els únics fets que existeixen en aquest moment processal són les afirmacions de les parts i l'única realitat és la contradicció, a través de la qual s'arriba a el fet el judici. Per tant, des del punt de vista processal el que interessa no és tant el fet com passat, sinó el fet com a present; és a dir, com a judici jurisdiccional²⁷⁴

Conseqüentment realitzar la distinció entre fet i dret en el moment de la demanda és errònia ja que per una banda no hi ha fets sinó afirmacions de les parts sobre la percepció dels fets. D'altra banda, els fonaments jurídics que se citen en els escrits d'al·legacions tan sols són rellevants en la mesura que demostren la justícia de la pretensió i la seva adequació als judicis de valor dominants en un moment determinat en la societat i que es manifesta a través de la llei. A través de tots dos elements s'estableix l'objecte del procés.

La millor demostració que en la demanda no s'incorporen fets, sinó afirmacions de les parts sobre les percepcions que han tingut sobre un determinat esdeveniment històric que té transcendència per al procés, es demostra en aquest tràmit processal. La finalitat del període probatori és permetre que el jutge tingui una percepció dels fets que han afirmat les parts, en concret assolir la convicció judicial sobre com s'han produït els fets que han afirmat les parts. Però fins i tot des d'aquesta perspectiva no són tant els fets en si mateixos considerats, sinó la percepció que tingui el jutge dels mateixos. Per tant, tampoc es pot afirmar l'existència d'un fet com una realitat independent, sinó com una activitat mental del jutge per a la formació del judici jurisdiccional. Com afirma MAZZARELLA l'única història rellevant per al procés és la que es produeix en el mateix; i la consideració del passat no és més que una manifestació de la progressiva racionalització del judici²⁷⁵.

Com hem indicat el legislador realitza la distinció entre fet i dret en l'estructura de la sentència (art. 209 LEC i 248.3 i 4 LOPJ). També la realitza en els arts. 52 i 70 de la Llei Orgànica de Tribunal de Jurat on atribueix el pronunciament sobre els fets a jurat i l'argumentació jurídica a el president de tribunal.

²⁷⁴ MAZZARELLA, op. Cit., p. 86.

²⁷⁵ MAZZARELLA, op. cit., pg. 86, nota 16.

És criticable la distinció que realitza el legislador perquè la sentència no és més que la manifestació del judici jurisdiccional. La forma de la sentència, i especialment la prevista a la LOTJ, ha estat criticada perquè "es basa en una concepció sil·logística de el raonament jurídic"²⁷⁶. Explicar aquest trànsit és impossible, per la qual cosa s'ha d'abandonar aquesta teoria²⁷⁷. Segons FAIREN, seguint en aquest punt a GIULIANI, "la solució es troba en una reformulació de la noció de fet i de la relació entre fet i dret; l'ofereix la lògica de les relacions: els fets en el dret són fets relacionals (in ordine ad ius) ... la llei determina els fets jurídicament rellevants: o sigui, a quals d'entre ells han de seguir efectes jurídics "²⁷⁸.

La sentència és la finalitat del procés. Com afirma MAZARELLA, el fet es realitza a la fi de tot el procés ja que abans l'única realitat és que hi ha contradicció entre les parts. Des d'aquesta perspectiva "representa l'anàlisi del resultat d'un judici, és a dir, una opció que el jutge realitza no entre tots els possibles, sinó només entre dues possibilitats. Aquesta elecció està condicionada per l'estructura bilateral i contradictòria del procés jurisdiccional en què es realitza "²⁷⁹.

En sentit contrari es pronuncia TARUFFO, que critica la teoria exposada argumentant que és inútil perquè el control de la motivació no podria distingir-se d'un reexamen de el fons de l'assumpte. Pel que es redueix a l'absurd al no diferenciar el control sobre el judici de el de la motivació²⁸⁰. No obstant això, tampoc manté l'esquema sil·logístic perquè la qualificació jurídica dels fets es realitza en la premissa menor de el raonament²⁸¹. A continuació, considera que el sil·logisme judicial és fals perquè "es redueix a la fase en què s'instaura el lligam entre la norma ja triada per a la solució del conflicte i els fets declarats"²⁸². A més, no respon a un esquema lògic perquè aquests aspectes estan units per una determinada concepció de l'ordenament, de l'Estat, de la justícia i de la funció del procés²⁸³.

²⁷⁶ FAIREN, *De los 'hechos' al 'derecho'. Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995*, en "Revista de Derecho Procesal", 1997-2, pg. 359.

²⁷⁷ FAIREN, op. Cit., p. 360.

²⁷⁸ GIULIANI, "Leibnitz i la teoria dei fatti relazionali", en *Revista Internazionale di Filosofia del diritto*, 1993, núm. 2, pg. 265. Citat per Fairen, en op. cit., pg. 362.

²⁷⁹ MAZARELLA, op. Cit., p. 85.

²⁸⁰ TARUFFO, *la motivazione...*, cit., p. 507.

²⁸¹ TARUFFO, op. Cit., pp. 154 i 155.

²⁸² TARUFFO, op. Cit., p. 158.

²⁸³ TARUFFO, op. Cit., p. 165.

La sentència constitueix la manifestació externa del judici. El legislador regula el seu contingut i obliga que es motivi. Però l'estructura de la sentència és artificial perquè no reflecteix la realitat de l'activitat interna de jutge per formar-se el judici. En concret no té en compte que el judici no es forma en l'últim moment, sinó des que es presenta la demanda. Fins i tot podríem afirmar que el judici es forma amb caràcter previ a la mesura que influirà els judicis subjectius que el jutge s'ha format al llarg de tota la seva vida. La dificultat de plasmar aquesta realitat en la sentència motiva que el legislador opti per l'esquema del sil·logisme judicial. Com hem indicat actualment es reconeix la limitació de la mateixa, però des del punt de vista de la llei s'entén que és el millor mecanisme per plasmar el judici jurisdiccional. Aquesta limitació de la sentència motiva que en la pràctica es facin a l'inrevés, és a dir, que primer s'arriba a la conclusió i després es motiva la decisió²⁸⁴. Aquesta possibilitat la reconeix el legislador al permetre que el jutge dicti la conclusió de forma oral i posteriorment realitzi la motivació (art. 210.2 LEC).

On la distinció fet-dret cobra una transcendència processal és en el recurs de cassació. Els arts. 477 LEC, 849 LECRIM, 88 LJCA i 205 e) LPL limiten el recurs de cassació als supòsits en què la sentència hagi infringit la llei aplicable. El legislador parteix de l'existència del sil·logisme judicial per establir aquesta distinció. No obstant això, en la pràctica el tribunal de cassació analitza qüestions de fet. Aquest esquema seria vàlid en un primer moment d'existència de el recurs de cassació ja que simplement realitzava una funció nomofilàctica, però en la seva evolució ha demostrat la seva insuficiència al pronunciar el TS de manera contradictòria sobre la naturalesa de les màximes de l'experiència amb l'única finalitat de permetre la seva anàlisi en el recurs de cassació. L'única raó per la qual es manté aquesta distinció és permetre el control del volum de recursos que ha de resoldre el TS²⁸⁵.

Hem analitzat com l'estructura del sil·logisme judicial no és vàlida per explicar el judici jurisdiccional, de manera que ocasiona nombrosos problemes pràctics seva utilització en l'àmbit de el recurs de cassació. La doctrina és conscient de la impossibilitat de distingir clarament entre les qüestions de fet i de dret, de manera que distingeixen entre el fet en la seva essència i en la seva

²⁸⁴ En aquest sentit CALAMANDREI afirmava que "tot i que contínuament es repeteixi que la sentència es pot esquemàticament reduir a un sil·logisme en el qual, de premisses donades, el jutge treu, per la sola virtut de la lògica, la conclusió, passa a vegades que el jutge, a l'fer la sentència, inverteix l'ordre natural de l'sil·logisme: és a dir, primer troba la part dispositiva i després les premisses que serveixen per justificar-"(en *Elogio...*, cit., Madrid, 1936, pg. 104).

²⁸⁵ NIEVA FENOLL, op. Cit., p. 141,

diagnòstic. Però aquest intent tampoc és vàlid, ja que no es pot realitzar aquesta distinció. Podem afirmar, seguint a GUASCH, que "mentre els fets es formulen jurídicament sota una qualificació jurídica específica, el dret no existeix en abstracte, sinó a través dels fets que són precisament jurídics"²⁸⁶. És a dir, que mentre el fet com a realitat extraprocessal es pot contemplar aïlladament, el dret només cobra sentit quan es posa en relació amb els fets, de manera que si s'alteren aquests es canviaria la solució que es dona a la qüestió sotmesa a el judici jurisdiccional. I per això precisament es pot afirmar que "la determinació dels fets ve en part influïda per la conseqüència jurídica de la norma"²⁸⁷.

A causa de la impossibilitat de distingir entre les qüestions fàctiques i jurídiques seria desitjable que el legislador i la jurisprudència utilitzessin un altre criteri²⁸⁸ per limitar el volum dels assumptes en cassació o per intentar que no es converteixi en una tercera instància.

8.3. ESPECIAL REFERÈNCIA ALS JUDICIS D'EQUITAT.

Una de les fallides del sil·logisme judicial es produeix quan el legislador permet que l'òrgan jurisdiccional jutgi segons equitat. En l'ordenament jurídic espanyol l'art. 3.2 Cc. Preveu que "l'equitat haurà de ponderar-se en l'aplicació de les normes, si bé les resolucions dels tribunals només podran descansar de manera exclusiva en ella quan la llei expressament ho permeti". A Itàlia els articles 113 i 114 CPC permeten que el jutge decideixi segons equitat quan la llei ho prevegi o quan les parts ho sol·licitin i la matèria sigui disponible.

Però el concepte d'equitat és més ampli que el que es manifesta expressament. En concret s'ha de distingir entre l'equitat general i l'equitat particular²⁸⁹: la primera es concep com "el conjunt de criteris que, referits a supòsits ja disciplinats pel Dret positiu, s'encaminen a influenciar, modificar i, fins i tot substituir les previsions d'aquest; en definitiva, a transformar-se ells mateixos en Dret que es caracteritza per la generalitat i objectivitat"; la segona pressuposa

²⁸⁶ GUASCH FERNANDEZ, op. cit., pag. 202.

²⁸⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, pg. 843. SATTA y PUNZI firman que jutjar un fet és (en certa manera) donar la qualificació jurídica, pensar-jurídicamente" (*Diritto Processuale Civile*, vol II, Padua, 1992, pg. 533 y 534).

²⁸⁸ Es poden consultar els criteris que aporta NIEVA FENOLL per limitar el volum d'assumptes (op. Cit ..., pg. 247).

²⁸⁹ GARRIGA ARIÑO, *Los supuestos juicios de equidad de la Ley de Propiedad Horizontal*, edit. Marcial Pons, 2003.

el dret positiu i actua en l'àmbit que aquest li permet i es caracteritza per donar-se en relació amb la resolució d'un cas concret i atén la solució apropiada.

Una segona distinció fa referència a la manera d'operar dels judicis d'equitat. En funció de la llibertat que concedeix el legislador a el jutge es pot distingir entre una equitat substitutiva, integradora i interpretativa. En l'equitat substitutiva s'elimina l'aplicació de la norma positiva a el cas concret enjudiciat quan aquest generi solucions injustes. L'equitat integradora concorre quan el legislador no regula la conseqüència jurídica d'una norma, permetent-li a el jutge triar la que més s'acomodi a la justícia doni el cas concret. Finalment l'equitat interpretativa és el mètode que s'utilitza per aconseguir una més justa aplicació de la conseqüència jurídica de la norma i és un criteri d'interpretació que tendeix a esbrinar el significat de la norma.

Al marge de l'equitat general, que no s'admet actualment en els ordenaments jurídics continentals dominats per un sistema positivista, hi ha exemples d'equitat particular. Però no de totes les seves classes, sinó tan sols de l'equitat integradora i interpretativa. En el dret espanyol els exemples són escassos, podent citar-se tan sols els articles 13.2 i 16.2.5 de la Llei de Propietat Horitzontal i el 3.2 Cc²⁹⁰. Com s'observa l'ordenament jurídic és reticent a permetre que l'òrgan jurisdiccional s'aparti de el dret positiu en el moment de dictar la resolució. No obstant això, en la pràctica els judicis de valor dominen sobre els judicis històrics i lògics en el moment de dictar sentència. Aquesta circumstància es manifesta amb més força en els judicis d'equitat.

L'estructura del judici jurisdiccional en equitat és el mateix que el que hem desenvolupat anteriorment, però es concedeix una major importància als judicis de valor:

- A l'igual que el judici de dret en el judici d'equitat el jutge utilitza els judicis històrics per formar-se la convicció de com s'han produït els fets.
- També concorre el judici lògic en la mesura que perquè el jutge jutgi en equitat cal que el legislador li autoritzi (art. 3.2 CC)²⁹¹. El judici lògic implicarà tant la determinació de la norma aplicable com l'abast de l'autorització per jutjar en equitat.
- Finalment, el jutge utilitzarà els judicis de valor per a formar el judici jurisdiccional. Si bé en el judici d'equitat té especial importància perquè la

²⁹⁰ GARRIGA ARIÑO, op cit., pp. 272 i ss.

²⁹¹ SERRA DOMINGUEZ, "el juicio jurisdiccional...", cit., p. 110.

lleï l'autoritza expressament a utilitzar-lo per dictar la resolució més justa en el cas concret.

Per això podem concloure que l'única diferència entre el judici de dret i el judici d'equitat és que en "el primer, els judicis de valor poden tenir una gran rellevància o influir tan sols mínimament. En el judici d'equitat, els judicis de valor influeixen sempre en forma decisiva, limitant-se els judicis de dret a una norma que permet el judici d'equitat en el cas concret "²⁹². Però aquesta circumstància es produeix perquè una lleï li permet el jutge utilitzar-lo per aconseguir la resolució més justa de el cas concret. I aquesta facultat la realitza per la impossibilitat que la lleï determini de forma abstracta i genèrica el cas concret, per la qual s'autoritza a el jutge perquè dissenyi la solució de el cas concret. No obstant, aquesta facultat no és discrecional perquè el referent són els judicis de valor dominants en un moment determinat en la societat i que el jutge ha d'interpretar. Per això no es pot identificar el judici d'equitat amb la discrecionalitat judicial.

En moltes ocasions s'ha confós l'equitat amb la discrecionalitat. Així per exemple BIONDI al diferenciar el judici de dret del judici d'equitat afirma que "per sobre de tota l'activitat dels individus i de l'Estat, tindrem una única manera de poder discrecional que consisteix en el poder regular conductes obligatòries amb un procés lògic incontrolable en el fons "²⁹³. En la mateixa línia el TS ha afirmat en moltes ocasions que l'art. 3.2 Cc pot utilitzar-se per temperar les conseqüències jurídiques d'una norma (STS de 5 de desembre de 1996 -RJ 1996 \ 8943-), amb la qual cosa sembla que admet l'equitat interpretativa. No obstant això, aquesta doctrina és fruit d'una confusió terminològica. Quan el TS afirma aquesta doctrina ha una norma material que admet la discrecionalitat jurisdiccional, però en cap cas ho ha permès quan no hi hagi una norma que expressament ho admeti o llacuna legal (veure per totes STS de 10 de desembre de 1997 -RJ 1997 \ 8968-).

En tot cas en el supòsit comentat no es tractaria tant d'una decisió dictada en equitat sinó discrecional. És a dir, el jutge no prendria com a referència els judicis de valor que considera dominants en un moment determinat en la societat, sinó el criteri de justícia en el cas concret; entre altres circumstàncies que el jutge podrà valorar es troba l'actuació de les parts en el procés. A més, el tribunal no podrà realitzar aquesta actuació per dirimir a controvèrsia que s'ha plantejat, sinó

²⁹² SERRA DOMINGUEZ, loc. Cit.

²⁹³ BIONDI, "In tema di potere discrezionale del giudice (appunti e spunti polemici)", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1928, pg. 254 y 255

per determinar el "quantum debeatur". El que va a realitzar a través de la comparació de les actituds de les parts i l'exigència de el cas concret²⁹⁴. En aquest sentit és clarificadora la Sentència de TS de 12 de maig de 1997 (RJ 1997 \ 4121) que manifesta com al dictar la resolució no té en compte criteris preexistents, sinó les actituds de les parts per declarar resolt el contracte i condemnar a la part demandada a el pagament de la quantitat garantida fonamentant-lo en les actituds de les parts i en la justícia de el cas concret²⁹⁵.

8.4. LA DISCRECIONALITAT JUDICIAL.

Com hem indicat hem de distingir entre el judici d'equitat i la discrecionalitat judicial. La doctrina ha discutit quin és el contingut de la discrecionalitat. RASSELLI afirma que "el poder discrecional es caracteritza per implicar necessàriament una valoració d'oportunitat, en relació amb l'objectiu de la funció"²⁹⁶. BIONDI critica aquest concepte al considerar-lo massa abstracte, afirmant que "està clar que la discrecionalitat dels subjectes implica sempre una valoració analítica i la conseqüent agrupació sintètica de les circumstàncies d'oportunitat amb l'objectiu que es vol aconseguir ... és comú a totes les accions humanes "²⁹⁷. No obstant això, en el desenvolupament posterior que realitza confon la discrecionalitat judicial amb el judici d'equitat²⁹⁸.

La discrecionalitat judicial es pot concebre com la llibertat que es concedeix a el jutge per dictar la resolució més justa de el cas concret d'acord amb els seus judicis de valor i tenint en compte l'actitud de les parts²⁹⁹. Com hem posat en relleu la diferència amb els judicis d'equitat es troba en el fet que mentre a aquests hi ha un element de referència, que són els valors dominants en un

²⁹⁴ MARENGO, op. Cit., pp. 186 i 187.

²⁹⁵ En el mateix sentit es pronuncien, entre altres, les sentències de TS de 5 de desembre de 1996 (RJ 1996 \ 8943), de 8 de febrer de 1996 (RJ 1996 \ 1346) i de 17 de novembre de 1995 (RJ 1995 \ 8735), de 8 d'octubre de 1992 (RJ 1992 \ 7539), de 7 de juliol de 1991 (RJ 1991 \ 4430) i de 16 d'octubre de 1990 (RJ 1990 \ 7870).

²⁹⁶ Il potere discrezionale del giudice civile, vol. I (Esposizione critica della dottrina. Nozione generale), Padua, 1927, pg. VI-248 (citado por BIONDI, en In tema di potere discrezionale el giudice, appunti e spunti polemici, en "Rivista di Diritto Processuale", 1928, pgs. 228 y ss.).

²⁹⁷ Biondi, op. cit., pg. 230.

²⁹⁸ Biondi, op. cit., pg. 238.

²⁹⁹ en tot cas el concepte de discrecionalitat és ambigu. L'àmbit en el que més s'ha desenvolupat és en el dret administratiu, on s'ha classificat en funció de diversos criteris. Una d'elles és la que atén a la finalitat; des d'aquesta perspectiva es distingue la discrecionalitat tàctica, la discrecionalitat de dispensa, la discrecionalitat de planificació i la discrecionalitat de gestió o management (MARTIN BULLINGER, "La discrecionalitat de l'Administració Pública. Evolució, funcions, control judicial" , a *la Ley*, 1987- 4, pp. 896 i ss).

moment determinat en la societat; la discrecionalitat judicial permet que el jutge dicti la resolució que estimi més adequada sense donar-li un element de referència. Per això un sector doctrinal utilitza com a criteri identificatiu l'absència de control perquè el "àmbit d'actuació discrecional admet diverses solucions i totes elles són jurídicament lícites i vàlides"³⁰⁰. No obstant això, sent certa aquesta afirmació hem de matisar-la.

La discrecionalitat no es pot confondre amb l'arbitrarietat. Per evitar-l'activitat jurisdiccional se sotmet a uns límits. MARENGO afirma que "l'actuar discrecional ha d'estar informat per criteris objectius ..."; i contínuament indica que l'objectivitat "s'ha d'extreure del contingut que s'ha format al voltant d'ells en l'àmbit de la comunitat"³⁰¹. Al sotmetre a límits, la discrecionalitat es pot controlar. En concret les causes d'invalidesa poden ser³⁰²:

- La falta de respecte de la causa, és a dir, de la valor lloc per l'agent com a mètode d'elecció.
- La manca de consideracions de valors compresos en l'ordenament, i que forma part del context en què opera l'elecció.
- La manca de respecte de l'obligació de motivació.

Aquestes es poden reduir a el control dels aspectes objectius que el jutge ha de tenir en compte i l'argumentació de la decisió. Quan el legislador permet que el jutge dicti una resolució discrecionalment no ho fa de forma genèrica³⁰³, sinó que es limita a algun aspecte de la resolució. A més s'incardina en un àmbit objectiu determinat pels fets i per la norma aplicable. La decisió discrecional no es podrà revisar en l'aspecte relatiu a els judicis de valor que ha utilitzat l'òrgan jurisdiccional per resoldre la qüestió litigiosa, però sí pel que fa als judicis històrics i lògics que utilitza en la mesura que són objectivables per òrgan "a quo". Però fins i tot els judicis de valor han de descansar en criteris objectius d'oportunitat que consisteixen "en dades verificables *pro tempore* en un context determinat"³⁰⁴.

³⁰⁰ VAZQUEZ SOTELO, "Discrecionalidad y Derecho Procesal", en *Justicia*, 1995, pg. 54.

³⁰¹ MARENGO, op. Cit., p. 76.

³⁰² MARENGO, op. Cit., p. 78.

³⁰³ Com hem analitzat en aquests casos es va a el judici d'equitat. La discrecionalitat té el seu àmbit d'aplicació en aspectes parcials de la resolució judicial com la quantificació de la indemnització o la determinació concreta de la pena (veure àmpliament SERRA DOMÍNGUEZ, "Juicio jurisdiccional", cit., Pgs. 178 i ss.

³⁰⁴ MARENGO, op. Cit., p. 76.

A més, el jutge, en la decisió discrecional, no és totalment lliure per adoptar la decisió que consideri més adequada. El contingut de la resolució s'ha d'adequar als objectius fixats per la norma i per a això haurà d'atendre a la causa de la norma³⁰⁵.

Finalment el jutge a l'adoptar una decisió discrecional realitza una operació mental que ha de ser explicada en la motivació de la sentència. Aquesta podrà ser controlada precisament a través de l'anàlisi de l'explicació que dona el jutge de perquè ha adoptat aquesta resolució. Hi haurà d'explicar quina és la causa de la resolució i el per què ha adoptat la decisió concreta entre totes les possibles³⁰⁶. Per això, si no realitza la motivació es podrà controlar la seva absència; i en el cas que hi hagi es pot fiscalitzar l'explicació que dona el jutge, de manera que si és incongruent o absurda podrà ser revisada per l'òrgan jurisdiccional que conegui de el recurs.

El deure de motivació de les resolucions jurisdiccionals no es produeix només en l'àmbit de les decisions discrecionals. Sinó que és una obligació imposada constitucionalment (art. 120.3 CE).

Un cop analitzada la naturalesa i els límits de l'actuació discrecional dels òrgans jurisdiccionals hem de determinar en quin àmbit el legislador permet aquest tipus d'actuacions. MARENGO afirma que, amb caràcter general, es pot afirmar que es dota de discrecionalitat a el jutge civil en les resolucions interlocutòries, mentre que el jutge penal està autoritzat per a determinar l'entitat de la pena³⁰⁷; si bé en el dret espanyol aquesta conclusió no és exacta, ja que la discrecionalitat judicial es limita a alguns casos en què es permet que el jutge decreti d'ofici la celebració de vista en segona instància tot i que no calgui practicar prova (art. 475.2 LEC) i en el recurs de cassació (art. 486.1 LEC) i en el recurs extraordinari per infracció processal (art. 475.2 LEC). No obstant això, en ocasions el legislador civil remet la determinació d'un extrem de la sentència a la discrecionalitat judicial. Aquesta activitat la permet perquè és impossible determinar-ho amb caràcter general i abstracte, per la qual cosa haurà d'establir en cada supòsit concret; i això només és possible si es permet que el jutge aprecii l'extrem de forma discrecional. Això concorre per exemple per determinar la quantia dels aliments (art. 146 Cc, la quantificació de la clàusula penal (art. 1154 CC) o la fixació del termini per al compliment de les obligacions quan no

³⁰⁵ MARENGO, op. Cit., pp. 69 i ss.

³⁰⁶ MARENGO, op. Cit., p. 80.

³⁰⁷ MARENGO, op. Cit., p. 72.

s'assenyali per les parts (art. 1128 CC). En tots aquests casos, el jutge decideix discrecionalment, sense més límits que els expressats anteriorment.

La discrecionalitat en les resolucions interlocutòries es permet per adequar el procediment a les necessitats del procés concret. Aquesta activitat només la pot realitzar l'òrgan jurisdiccional que conegui del mateix. La decisió de la mateixa no és totalment lliure, ja que la seva decisió s'incardina en un procés en marxa. Per això haurà de tenir present els actes anteriors (que seria la causa de la decisió) i els actes posteriors (en la mesura que consisteix l'objectiu de la mateixa). És a dir, en el procés cada acte és conseqüència de l'anterior i causa de el següent. Pel que la decisió judicial haurà de ser congruent amb els actes processals anteriors i amb els posteriors en la mesura que determinarà el seu contingut. I recordem que tots ells tenen la finalitat de permetre que l'òrgan jurisdiccional estigui en condicions de dictar la sentència.

En el procés penal la discrecionalitat es concedeix per determinar la quantia de la pena³⁰⁸. La doctrina ha discutit la naturalesa d'aquesta facultat ja que la possibilitat d'establir un control a l'activitat de jutge d'instància és incompatible amb la discrecionalitat. Aquest tipus de decisions no serien discrecionals perquè "l'actuació i decisió correcta de l'Audiència no pot ser *qualsevol* sinó que només pot ser *1, la qual procedeixi en cada cas*"³⁰⁹.

Estem d'acord amb el raonament, però hem de matisar la conclusió. És cert, com hem indicat anteriorment, que el nucli essencial de la discrecionalitat no és fiscalitzable, però sí que es pot controlar la resolució en relació amb la causa i la conseqüència de la mateixa. Per això les parts poden impugnar la resolució jurisdiccional en la mesura que no sigui idònia per aconseguir la conseqüència prevista per la norma o s'hagi dictat per una causa diferent; però, no podrà ser revisada posteriorment la resolució jurisdiccional si opta per una de les diverses solucions possibles per al cas concret. En aquesta mesura la seva resolució serà discrecional.

Processalment el control de les resolucions judicials es realitzarà a través dels recursos. Si bé recordem que l'òrgan jurisdiccional d'apel·lació o cassació només

³⁰⁸Ver por todos ORTEGO y PICO, "Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1995, núm. 3, pgs. 27 y ss.

³⁰⁹ VAZQUEZ SOTELO, op. Cit., p. 59.

podrà revisar el respecte dels límits objectius de la decisió discrecional o l'existència de motivació.

10. CONCLUSIONS.

PRIMERA. - A la Unió Europea s'ha iniciat la regulació d'aquestes matèries, especialment a través del Reglament de Protecció de Dades. Aquest no regula el procés judicial ni la seva relació amb les noves tecnologies, però sí que ho fa amb dos temes que considero fonamentals:

- D'una banda, la necessitat que s'informi a les parts de quins són els criteris que segueix el sistema de resolució informàtica del litigi.

- I per un altre que les parts s'han de sotmetre a un sistema automatitzat de resolució de conflictes, tot i que es preveuen una sèrie d'excepcions a l'article 22 del Reglament de la Unió Europea de Protecció de Dades.

També té gran importància la ciberjustícia en la resolució de conflictes de consum transfronterer, àmbit en el qual és previsible un major desenvolupament en un futur pròxim.

SEGONA.- En l'àmbit estatal estem en una fase inicial de la regulació. Lamentablement el legislador espanyol no ha aprovat l'aplicació de les noves tecnologies al procés judicial tot i que des de l'any 2003 hi ha aquesta previsió en la LOPJ i l'exhort que va realitzar al Govern en la disposició final tercera de la Llei 18/2011, de 5 de juliol, reguladora de l'ús de les tecnologies de la informació i la comunicació en l'Administració de Justícia que preveu que "el Govern presentarà un projecte de Llei que reguli de manera integral l'ús de sistemes de videoconferència en l'Administració de Justícia".

És la tasca que queda pendent si volem assegurar el respecte del dret a la tutela judicial efectiva i evitar que la tasca legislativa sigui substituïda pels òrgans jurisdiccional, que es veuran obligats a adaptar un procés judicial a l'aplicació de les noves tecnologies. L'activitat dels jutges i magistrats que el realitzen és elogiable, però el problema és que genera inseguretats jurídiques. Per això és

imprescindible realitzar una auditoria dels procediments actuals i regular un de nou que respecti les garanties processals i els drets implicats.

TERCERA.- Un dels principals problemes per consumidor que enfronta a un conflicte amb un professional es l'accés a un mètode de resolució. Les dificultats són la desigualtat de les parts i el cost del procés judicial.

La situació d'inferioritat del consumidor es compensa per el TJUE ampliant les facultats d'actuació d'ofici del Tribunal quan sigui aplicable el Dret de la Unió Europea que li protegeix.

El cost del procés judicial se centra en el fet que la quantia de la reclamació pot justificar no acudir al procés judicial, que té un cost elevat. Per aquests casos el legislador deu preveure altres mecanismes de resolució de conflictes com el ADR o els ODR, que deuen integrar-se en el dret a la tutela judicial efectiva, ja que en moltes ocasions serà l'única opció del consumidor. Quan es tramiti a través de les tecnologies de la informació la legislació deu garantir el dret d'accés, fins i tot per aquells que no disposin d'accés a internet.

QUARTA.- La implantació de les tecnologies de la informació al procés judicial no deu consistir única i exclusivament a adaptar el procediment ja existent, com s'està fent. El legislador deu fer una auditoria del procés judicial i determinar que actuacions poden ser objecte de tramitació a través de les tecnologies de la informació. Per això deu regular un nou procediment telemàtic que respecti el dret a la tutela judicial efectiva regulat a l'article 24 CE, 6 CEDH y 47 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea.

QUINTA.- Per aplicar les tecnologies de la informació al procés judicial deuen diferenciar-se les actuacions administratives i jurisdiccionals. Les primeres serien aquelles que són competència del Lletrat de l'Administració de Justícia i les segones del Jutge o Tribunal.

Les activitats administratives o de tràmit són susceptibles d'automatitzar-se per afavorir l'eficiència del procés. En un primer moment és convenient que les tecnologies de la informació proposin la resolució al Lletrat de l'Administració de

Justícia, que és el que deu validar-la i firmar-la. També es pot aplicar a les resolucions judicials que posen fi al procés per raons de fons i que es dicten de forma pràcticament automàtica per transcurts del termini processal legalment previst sense que alguna de les parts dugui a terme alguna actuació, el procés monitori, el judici canviari o els processos que segueixen la tècnica monitòria com el procés de desnonament per falta de pagament de la renda arrendatícia o de lliurament de la possessió en cas d'ocupació il·legal del bé immoble.

En tots aquests casos hem d'advertir que considero imprescindible la validació pel Llettrat de l'Administració de Justícia o del jutge, en funció de la distribució de competències que realitza la LEC, i que sigui revisada pel jutge com a titular de la funció jurisdiccional.

SEXTA.- La implantació de la ciberjustícia deu respectar els principis essencials del procés, distingint els que informen directament l'estructura del procés i que constitueixen una garantia d'encert de la decisió jurisdiccional; i altres que són conseqüència de l'objecte del procés. Els primers tenen un caràcter eminentment tècnic i els segons són instrumentals.

SEPTIMA.- Els principis que informen l'estructura del procés són el principi de dualitat de posicions, d'audiència i d'igualtat.

La regulació de la ciberjustícia ha d'incloure l'obligació que les parts tinguin accés als criteris de decisió del litigi i la possibilitat de ser escoltades i formular alegacions sobre l'aplicació d'aquests al cas concret. Les parts han de tenir la possibilitat de rebatre els criteris utilitzats per les aplicacions informàtiques per a suggerir la solució del cas concret, i això només es podrà garantir si es fan públics. Per això, tal com hem indicat anteriorment, és imprescindible que el mateix sigui dissenyat per el poder legislatiu i aplicat per el poder judicial.

OCTAVA.- És imprescindible que l'aplicació de les tecnologies de la informació als mecanismes de resolució de conflictes respectin la independència i la imparcialitat dels òrgans jurisdiccionals.

La ciberjustícia plantejarà un problema de qui controla la implantació i programació de les aplicacions informàtiques. En el sistema legal espanyol i continental en que no regeix el sistema dels precedents l'aprovació dels algorismes que són aplicables al procés judicial es competència del poder legislatiu.

NOVENA.- Per afavorir la tramitació electrònica del procediment seria convenient aprovar formularis electrònics, que en un principi haurien de ser complementaris als escrits d'al·legacions, en el que les parts indicarien les elements essencials del procés judicial.

DESENA.- L'aplicació de las tecnologies de la informació pot dotar d'una major eficàcia al procés d'execució, en el que moltes de les actuacions processals es poden automatitzar, com l'esbrinament judicial de bens, la trava o l'avaluació dels béns.

És imprescindible recordar que aquesta no es pot implantar en detriment del dret de defensa de les parts. És a dir, l'aplicació deu ser transparent i deu permetre a les parts conèixer els criteris de la decisió i presentar al·legacions que seran resoltes per l'òrgan jurisdiccional.

ONZENA.- Les notificacions processals són essencials per respectar el dret a la tutela judicial efectiva de les parts. Per això han de fer-se en la forma legalment prevista.

El legislador preveu que les notificacions que es facin a les parts no personades deu realitzar-se de manera personal i no es permet que es faci a través de format telemàtic, ni quan la part té l'obligació de comunicar-se d'aquesta manera amb l'administració de Justícia. Deu modificar-se la LEC per preveure que quan la part tingui l'obligació de comunicar-se de manera electrònica amb l'Administració de Justícia la notificació de la pendència del procés es pot efectuar en aquest format.

DOTZENA.- Les relacions del consumidor amb el professional s'efectuen de manera majoritària en format digital, per això és essencial la el mitjà de prova de la prova electrònica com a forma d'introduir les fonts de prova al procés.

L'aportació de la prova electrònica deu efectuar-se en els escrits de demanda i contestació en la forma prevista per la LEC. Les parts podem impugnar-la en l'audiència prèvia del judici ordinari o al inici de la vista en el judici verbal. Si s'impugna l'autenticitat no existeix una presumpció iuris tantum de falsedat, sinó que es necessari que sigui raonable sense que sigui suficient una negació de caràcter genèric o indeterminat. L'autenticitat de la prova electrònica es pot acreditar a través e un dictamen pericial. També caldrà atendre a altres fets o indicis que ratifiquin la seua autenticitat o falsedat, que es poden acreditar a través d'altres mitjans de prova.

TRETZENA.- L'opció legislativa de fomentar l'ús dels ADR i ODR es especialment útil en les reclamacions de petita quantia.

Si s'implanta la tendència d'optar per un ODR en el que la decisió sigui automatitzada es essencial la forma en què es presti el consentiment per part del consumidor perquè les seues dades personals siguin tractades per a obtenir-la, que se li faciliti la informació significativa a la lògica subjacent de la decisió. A més les parts tenen dret a no ser objecte de decisions basades únicament en el tractament automatitzat.

DECIMO CUARTA.- L'automatització en l'adopció de decisions judicials no es pot fer perquè es contrari al principi d'independència judicial. A més en el sistema continental no regeix el sistema del precedent judicial, el que dificulta la previsibilitat de les resolucions judicials.

QUINZENA.- L'automatització de l'adopció de decisions judicials seria possible tan sols respecte de les resolucions adoptades pel mateix òrgan jurisdiccional quan els fets del procés siguin idèntics o assimilables. En aquest cas es limita a les resolucions prèvies de l'òrgan jurisdiccional, però no respecte d'altres. El matis es que aquest pot apartar-se del criteri anterior quan ho motivi.

SETZENA.- L'aplicació de la Intel·ligència Artificial a l'adopció de resolucions judicials es assimilable a defensar la teoria del sil·logisme judicial, que s'ha demostrat insuficient al ser incompleta, ja que exclou els judicis subjectius del jutge, realitza una distinció artificial entre el fet i el dret i no explica l'aplicació de l'equitat. Per això en aquest moment no es possible realitzar l'aplicació d'aquesta.

En tot cas la Intel·ligència Artificial es una eina de gran utilitat per a facilitar la labor decisora de l'òrgan jurisdiccional i de les parts en la seua actuació processal que pot contribuir a una major eficiència dels mecanismes de resolucions de conflictes.

11. PROPOSTES.

La conclusió final es que l'adaptació del procés judicial a les noves tecnologies per dotar de major eficàcia al procés judicial i a la protecció del consumidor. Finalment realitzo les següents propostes:

- Es deu potenciar els mecanismes de resolucions de conflictes alternatius o complementaris al procés judicial en les petites reclamacions de consum en el qual no és viable iniciar-lo per què no supera el llindar econòmic de la litigiositat.
- En la situació actual les tecnologies de la informació no poden substituir a la decisió de la persona física, però si són una ajuda imprescindible per afavorir una major efectivitat.
- En el cas en el qual es reguli deu realitzar-lo el poder legislatiu.
- Seria possible aplicar la intel·ligència artificial a l'adopció de decisions en los ODR en el cas en què les parts prestin el seu consentiment exprés, que els criteris decisors siguin transparents i garantit el dret de les parts a oposar-se a què la resolució s'adopti d'una forma automatitzada.
- El legislador pot imposar l'obligació de les parts d'acudir a un mecanisme alternatiu de resolució de conflictes al procés judicial si no impedeix l'accés als òrgans jurisdiccionals en un temps raonable.
- L'aplicació de les tecnologies i la intel·ligència artificial al procés judicial, tant al declaratiu com al d'execució, pot dotar-li de major eficiència a l'automatitzar les resolucions judicials que són susceptibles. En tot cas s'ha de permetre que les parts formulin recurs per què la decisió sigui revisada pel jutge.
- La implementació de les tecnologies de la informació i de la intel·ligència artificial al procés judicial no pot realitzar-se d'una manera automàtica, sinó que es imprescindible fer una auditoria dels procediments existents i analitzar como pot contribuir a dotar-li de una major efectivitat.
- Les tecnologies de la informació i la intel·ligència artificial pot contribuir a una major protecció del consumidor obligant al professional a sotmetre a un ODR en el que es realitzi una proposta de resolució, a no ser que les

parts no autoritzin el tractament automatitzat de les seues dades i que s'adopti la resolució.

- El consentiment del consumidor no pot ser tàcit, sinó que deu rebre informació prèvia y realitzar-lo de forma expressa.
- Els criteris de la decisió automatitzada deuen ser transparents per les parts i és el poder legislatiu el que deu regular-los, sent el poder judicial el que deu aplicar-lo al procés judicial.
- La regulació del procés telemàtic deu garantir a les parts l'accés al mecanisme de resolució de conflicte, sobretot en els supòsits de bretxa digital.
- En la situació competencial actual la Generalitat de Catalunya podria aprovar formularis que deuen acompanyar a les al·legacions de les partes que permetin el tractament telemàtica del procés mes enllà del previst actualment.
- Seria convenient adaptar els programes de gestió per proposar les resolucions que tinguin caràcter automàtic per que les revisi l'òrgan competent, sigui el Lletrat de l'Administració de Justícia o el Jutge o Magistrat.

BIBLIOGRAFIA CITADA.

ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho Probatorio*, edit. José María Bosch, Barcelona, 2012.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume. " Internet y prueba civil", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2001, número 4.

ARMENTA DEU, Teresa. *Derivas de la justicia, tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambio*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2021

ARRABAL PLATERO, Paloma. *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2020..

ARRIBAS ALTARRIBA, Javier. “La prueba del hecho notorio”, en *Objeto y carga de la prueba*, Barcelona 2007, versión electrónica Vlex id. VLEX-444458.

BANACLOCHE PALAO, Julio. “El proyecto de nueva oficina judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?”, en *Diario La Ley*, 3 de agosto de 2009.

BARONA VILAR, Silvia, *Algoritmización del derecho y de la justicia, de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021

BARRAL VIÑALS, Immaculada. “la resolución extrajudicial de conflictos con consumidores tras la ley 7/2017: la mediación de consumo y otros ADRs”, en *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, edit. Atelier, Barcelona, 2019.

BENNASAR. Jaume. *La validez del documento electrónico y su eficacia en sede processal*, edit. Lex Nova, Valladolid, 2010.

BLASCO SOTO, M. Del Carmen. “El diseño básico de la nueva Oficina Judicial: visión crítica del proyecto”, en *Diario La Ley*, número 7208, 1 de julio de 2009.

BONET NAVARRO, José. “Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil”, en *Diario la Ley*, 6 de octubre de 2009, referencia D-103-.

BUENO MATA, Federico. *Prueba electrónica y proceso 2.0. especial referencia al proceso civil*, edit. Tirant lo Blanch, 2014 ,ref. TOL4.147.241 Doctrina.

CABAÑAS GARCÍA, Jesús. “Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio”, en *Justicia*, 1991, número III, pp. 565 y ss.

CACHÓN CADENAS, “Inconstitucionalitat d’una part del contingut de la llei 13/2009”, *Mon Juridic*, febrero 2010, pp. 22 y ss.

CACHÓN CADENAS, *La ejecución procesal civil*, edit. Atelier, 2ª edición, Barcelona, 2018.

CARRERAS, *el Embargo de Bienes*, ed. Bosch, Barcelona, 1957.

CEPEJ, *Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018.

CEPEJ, *Herramientas para aplicar las líneas directrices que conduzcan al cambio hacia la cyberjusticia*, Documento adoptado en la 32 Reunión plenaria de la CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 13 y 14 de junio de 2019.

CGPJ. *La nueva oficina judicial*, CGPJ, Madrid 2006.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. “Capítulo X. la prueba tecnológica”, en *La prueba (civil)*, dir. Romero pradas y González Cano, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 (TOL6.433.965).

CONSEJO DE EUROPA/TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Derecho a un proceso equitativo (parte civil)*, Estrasburgo, 2013.

CUCARELLA GALIANA, Luis. *Derecho Procesal Civil*, 15ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona, 2018.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. “El acabose de nuestra Justicia”, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 3, pp. 16 y ss.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Curso de Derecho procesal Civil*, edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio. “Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Proceso Penal”, en *Jueces Para la Democracia*, número 40, 2001.

FAIREN GUILLEN, Victor. “Examen provisional del proyecto de reforma procesal –en situación de enmiendas en el Congreso de los Diputados–”, en *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2009, pp. 3 y ss.

FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio. “El necesario debate sobre el nuevo modelo de oficina judicial”, en *Diario La Ley*, número 7191, 8 de junio de 2009

FONS RODRIGUEZ, en “Reconocimiento judicial y nuevas tecnologías. ¿Puede solicitarse la prueba de un reconocimiento judicial para que el juez presencie, a través de videoconferencia, las imágenes que recoge una persona sobre un determinado lugar o espacio fuera de la circunscripción judicial, y con ello evitar que se tenga que acudir al auxilio judicial”, en *La prueba de Reconocimiento Judicial*, dir? Xavier Abel Lluch y Joan Pico Junoy, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 475 y ss.

FUENTES SORIANO, Olga, y ARRABAL PLATERO, Paloma. “Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un principio de prueba. Comentario a la STS 375/2018, de 19 de julio”, en *Revista General de Derecho Procesal*, número 47, 2019.

GARCIMARTIN MONTERO, Regina. *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1997.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamento de Derecho Procesal*, edit. Civitas, Madrid, 1981.

ILLAN FERNÁNDEZ. *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, Pamplona, 2009

MONTERO AROCA, en “Capítulo 34. Otros medios de prueba”, en *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, 2016, edit. Tirant lo Blanch, Referencia TOL4.091.455.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2005,

MONTON REDONDO, Alberto. *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977).

MUÑOZ SABATÉ, “¿Cuándo se deben impugnar los documentos acompañados con la demanda?”, en *Revista Jurídica de Catalunya* 2008-2, p. 561.

MUÑOZ SABATÉ. Lluís. *Técnica probatoria*, Barcelona, 1993.

NIEVA FENOLL, Jordi. “la prueba en documento multimedia”, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, Barcelona, 2000, tomo II, pp. 441 y ss.

NIEVA FENOLL, Jordi. “Práctica y valoración de la prueba documental multimedia”, en *Diario La Ley*, año 2009, referencia R1876, versión electrónica.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal I, Introducción*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2018.

NIEVA FENOLL, Jordi. “La obligatoriedad vs voluntariedad en el sistema arbitral de consumo”, en la *Ley, Mediación y Arbitraje*, número 4, oct-dec 2020, 1 d’octubre de 2020.

ORMÁZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. “Informática y prueba judicial. Especial referencia a la firma electrónica”, en *Empresa y prueba informática*, dir. Abel Lluch, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 43 y ss.

ORMAZABAL SÁNCHEZ. *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, edit. La Ley, Madrid, 2000

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2019.

PERDIGUERO BAUTISTA, Eduardo. “las reformas procesales para la implantación de la nueva oficina judicial en el proceso declarativo”, en *Diario La Ley*, número 7237, 9 de septiembre de 2009.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente. “La nulidad del convenio arbitral incluido en los contratos de adhesión”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007, número 4, pp. 1046 y ss.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente. en “La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Indret, revista para el análisis del derecho*, Barcelona, abril 2019.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *la protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona ,2018

RAMOS MENDEZ, Francisco. “El umbral económico de la litigiosidad”, en *Elogio de la nada procesal*, edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 297 y ss.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho y Proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1979, pg. 276.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2008, tomo I, pp. 778 y ss.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil*, tomo I. Edit. Atelier, Barcelona, 2008.

RIZO GÓMEZ, Belén. “La exclusión de los hechos notorios de la actividad probatoria y la prueba de la costumbre”, en *Práctica de los Tribunales*, número 43, sección estudios, Noviembre 2007.

SANCHIS PRIETO, Carolina, y CHAVELI DONET, Eduard. *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivos en la LEC 1/2000*, Valencia, 2002. Referencia TOL 234.8.

SATTA, Salvatore. *Derecho Procesal Civil. Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. II, ed. EJEA, Buenos Aires, 1971.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “La prueba documental”, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, edit. Difusión, Barcelona, 2001. También en *Estudios de Derecho Probatorio*, edit. Communitas, Lima, 2009.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2º, dir. Manuel Albaladejo, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981. Publicado más recientemente en “la prueba de las obligaciones”, en *Estudios de Derecho Probatorio*, edit. Communitas, Lima, 2009.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “Jurisdicción”, en *Estudios de Derecho Procesal*, edit. Ariel, Barcelona, 1969.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “Notas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Mon Juridic*, abril 2010, pp.19 y ss.

SIGÜENZA LÓPEZ, Julio. “¿Límites a los escritos procesales de las partes?”, en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, dir. Juan H. HERRERO PEREZAGUA y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, edit. Atelier, Barcelona, 2020.

SIGÜENZA LÓPEZ, Julio. “Excesiva extensión de los escritos procesales como posible causa de inadmisión de los recursos extraordinarios en el orden civil de la jurisdicción”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 3/2021.

VALLESPÍN PÉREZ, David. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2002.

VILABOY LOIS, Lotario, y GONZÁLEZ PILLADO, Ester. *La prueba por medio de los modernos avances científicos-tecnológicos en el proceso civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1993.