

“LÍMITS A LA SOLUCIÓ JUDICIAL DELS CONFLICTES EN L'ÀMBIT CIVIL I PROPOSTES DE DESCONGESTIÓ”

1. INTRODUCCIÓ:

Per Resolució JUS/3644/2009, de 15 de desembre, es crea la Comissió de treball d'assessorament sobre desjudicialització en l'àmbit civil (DOGC n.5532, de 23 de desembre de 2009), amb la funció de redactar un document que contingui una descripció genèrica dels principis de la desjudicialització, per tal de millorar la situació actual de congestió dels jutjats i tribunals, una proposta concreta d'aquells àmbits en els quals es consideri adient aquesta actuació, i una proposició de modificacions legislatives en cas que es considerin necessàries per a la seva implantació.

La Comissió ha realitzat diverses reunions i aquests és el document final que presenta.

Cal constatar, en primer lloc, el valor del procés judicial com a eina democràtica de solució dels conflictes i, per tant, hem de partir de la base que per a intentar definir els paràmetres per a una desjudicialització, s'ha de respectar el dret a la tutela judicial efectiva.

A partir d'aquesta constatació, hem intentat definir els principis que han de portar a una desjudicialització des de la definició de les funcions o competències jurídiques alienes a la funció jurisdiccional (assessorament, fixació jurídica, tramitació, avinença, etc.) com a pressupost de la reconducció de les competències judicials al seu estricte àmbit, que és l'àmbit decisor.

La part fonamental del treball inclou reflexions i propostes específiques de derivació de funcions a cadascun d'aquests àmbits i de millor definició de les competències respectives.

El document finalitza amb unes conclusions i recomanacions generals.

2. PROCÉS, DESJUDICIALITZACIÓ I TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Hem de partir d'una afirmació irrenunciable: el procés judicial és un instrument vàlid per a la solució dels conflictes i és per això que la nostra Constitució proclama el dret fonamental a la tutela judicial efectiva.

Tanmateix, *a priori*, no hi ha, en la demanda de desjudicialitzar, una denúncia d'excessiva intromissió del poder de l'Estat, a través dels jutges, en la vida dels particulars.

La demanda de desjudicialització de la justícia civil i mercantil no es justifica tant en la denúncia d'excessos dels òrgans judicials com en la denúncia de l'excessiva càrrega de treball que suporten els tribunals. Quan sorgeixen veus favorables a la "desjudicialització" no ho fan amb base en una excessiva "judicialització" de la vida social i econòmica (per la invasió judicial de la vida privada, social i política en tots els seus àmbits, per una "universalització" de l'ús del procés o per una "politització" de la justícia), sinó per la "pressió de la feina", per la insuficiència de l'aparell judicial per a atendre amb promptitud i eficàcia les demandes de justícia. Són aquestes carències les que porten a molts professionals i estaments a reclamar la dita desjudicialització.

Volem destacar el valor del procés, i definir què em d'entendre per "desjudicialitzar", tot salvant el dret a la tutela judicial efectiva. Sols així les propostes de solució a la "sobresaturació" tindran una legitimitat constitucional.

a) El valor del procés judicial:

La defensa dels principis, els drets i els valors constitucionals i la tutela dels drets reconeguts en l'ordenament jurídic a les persones (i als grups) sovint exigeixen un control judicial. Aquest control minimitza la justícia de pròpia mà, afavoreix la pau social i contribueix a enaltir i propagar els drets fonamentals i els valors en que es fonamenta la nostra societat.

L'existència del procés i de la litigiositat no constitueix un mal social, sinó, ben al contrari, el reflex d'una forma ordenada i democràtica de solució dels conflictes, amb la intervenció de l'Estat. Sotmetre les disputes (civils, mercantils, i també laborals, administratives, penals) al poder arbitrador de l'Estat i a les regles del litigi i del procés és un símbol de civilització i constitueix un valor positiu de primer ordre d'una societat democràtica. El poder judicial du a terme un servei públic importantíssim i és garantia de l'Estat social i democràtic de dret.

Però el litigi no és un fi en sí mateix, sinó un instrument de restabliment de l'equilibri social. Si el "principi civil" comporta que els particulars regulen, en llibertat, els seus interessos i disposen dels seus drets, la solució judicial del conflicte privat només ha de garantir l'exercici d'aquesta llibertat, tot protegint a la part més feble.

En concret, en el procés civil el jutge no és titular dels drets dels particulars ni els pot retenir, sinó que es limita a retornar el poder que la llei atorga a l'individu que l'ha vist vulnerat per l'actuació d'un altri. Per això, el jutge ha de preservar els drets fonamentals, però només mentre hi ha conflicte i davant la situació dels desvalguts, tot respectant la llibertat dels ciutadans per a configurar i solucionar les seves pugnes, tant en forma col·lectiva com individual.

En el primer sentit, els canvis socials no han de comportat, necessàriament, una major activitat jurisdiccional. La superació de determinats mecanismes de control social (com la estratificació social o la moral religiosa), la major vindicació ciutadana de drets i

prestacions socials, el control democràtic dels defectes de funcionament de les institucions públiques i dels grups polítics, la regulació de les pautes de convivència d'una societat multicultural o els conflictes que neixen dels cicles econòmics negatius, per posar alguns exemples, no tenen com a única solució la judicialització dels conflictes que en generen. L'equilibri social es pot restablir per mecanismes diversos que el del conflicte judicial, com l'autocomposició, l'acció política, la progressió de la cultura o l'educació en valors.

Des de la perspectiva individual, cal també diferenciar la funció jurisdiccional de la prestació d'altres serveis socials col·laterals o merament assistencials que busquen també la justícia distributiva (com l'orientació jurídica, la defensa legal o la fixació jurídica), de forma que es poden desvincular de la jurisdicció alguns aspectes ara relacionats, però que no formen part de la seva essència. Quan el conflicte neix de la inseguretat en la definició de les expectatives, les situacions jurídiques subjectives o els drets, ha de ser possible que la tasca de definició la faci una institució social diferent de la jurisdicció i així es previnguin els litigis.

Per altra banda, és innegable l'increment constant de la litigiositat en el nostre país, en una progressió exponencial¹, el que ha anat acompanyat d'importants esforços inversors de les administracions públiques per aconseguir un servei eficaç i dotat dels necessaris medis personals i materials. Tanmateix, davant la esmentada progressió, els esforços apareixen com insuficients.

El fenomen és degut a diversos factors (econòmics, socials, culturals) i mereix una anàlisi més extensa del que aquest document abasta. Cal dir, tot i això, que la política pressupostària no ha de ser un fre per a la defensa dels drets constitucionals (en especial, de la tutela judicial efectiva), però tampoc n'és la única solució i ha de ser possible analitzar nous camins per a solucionar la congestió que pateix l'ordre jurisdiccional civil des de fa dècades.

b) La “desjudicialització”:

No està definit què hem d'entendre per “desjudicialització”, però sembla que una opció reduccionista ha d'incloure tant la disminució de la càrrega de treball dels jutges, a través de la re-distribució de competències amb els secretaris judicials i la resta de la organització judicial i dels operadors jurídics, com la redefinició dels mecanismes dissuasoris d'accés a la jurisdicció (a través de medis alternatius de solució dels conflictes), així com l'assignació a altres agents socials de les tasques que no fan referència al procés de decisió del litigi: de fixació jurídica, d'assessorament, etc.

Cal, en primer lloc, un procés intel·lectual, doctrinal i filosòfic que redimensioni el dret a la tutela judicial, un canvi ideològic que retorni als ciutadans i a la societat civil la competència per a la solució habitual dels conflictes, tot recuperant el principi de “intervenció mínima” o de “intervenció proporcionada” de la jurisdicció.

¹ A tall d'exemple, la “Hoja de Ruta” publicada pel Consell General del Poder Judicial per a la modernització de la Justícia (desembre de 2009) posa de manifest que de 1999 a 2008 el número de litigis a Espanya ha passat de 6.280.756 a 8.908.496.

Per a “desjudicialitzar” és poden adoptar tres tipus de polítiques: les que “penalitzen” o limiten l’accés a la jurisdicció, les que afavoreixen o incentiven l’accés a medis alternatius de solució de conflictes i les que re-defineixen el sentit i abast d’allò “jurisdiccional” als seus límits ontològics. Aquestes polítiques no són contradictòries entre sí., sinó complementàries

La constitucionalització del dret a la tutela judicial efectiva ha de dissuadir de mesures de penalització en l’accés als tribunals, però creiem que encara són possibles mesures de desincentivació que respectin dit dret constitucional i que cal un esforç per a fixar els límits de la funció de jutjar.

En primer lloc, la funció del procés minvarà en la mesura en que els ciutadans respectin més els drets dels altres i s’estengui la llibertat ciutadana, tant des de la perspectiva del dret com de la responsabilitat. Un altre factor per a reduir la litigiositat ha de ser el respecte a les estructures socials (la família, la comunitat, la *polis*) i l’assumpció de la bondat de la política i de l’ètica social (el que exigeix persones i institucions que actuïn com a bons referents). En aquest sentit, el menor intervencionisme judicial serà sempre el socialment més saludable.

A més, en la situació actual en la que la crida al procés judicial és la regla general per a tot tipus de conflicte, s’ha d’insistir també en la promoció de medis preventius i alternatius de la solució dels conflictes. L’Estat no ha de fomentar la litigiositat, ans al contrari, ha de potenciar formes preventives i alternatives de resolució (ADR).

Se’n deriva que l’Estat ha de poder “des-incentivar” l’accés als tribunals si no sacrifica el dret fonamental, proposant “filtres” o “barreres” proporcionades, basades en la devolució a la societat i als ciutadans del seu poder democràtic i en el foment de solucions alternatives a la resolució dels conflictes, sense prioritzar polítiques de reducció de costos (encara que aquest pugui ser un efecte indirecte).

Per últim, i aquest és un factor fonamental en aquest treball, cal definir les funcions pròpiament jurisdiccionals amb una bona aplicació de la tècnica de les organitzacions i cal establir les competències pròpies per a l’exercici de la jurisdicció, centrades sempre en la facultat i el poder de resoldre els conflictes.

Algunes de les propostes i reformes més recents (Pla de Modernització de la Justícia del Consell General del Poder Judicial de 2009, lleis de reforma processal i de la oficina judicial de 2009, pla de modernització impulsada pel Ministeri de Justícia 2009 i 2010, propostes dels Presidents dels TSJ de novembre de 2009 i Acord del Ple del Consell General del Poder Judicial de gener de 2010) apunten en la línia de la des-judicialització que en aquest document intentarem aprofundir.

c) La tutela judicial efectiva:

La doctrina del Tribunal Constitucional fa compatible el principi *pro actione*, d’estricta observança pels òrgans judicials, amb el dret de configuració legal del procés i dels recursos.

És per això que creiem que els termes de l'article 24.1 de la Constitució, pedra angular del sistema de justícia, no poden autoritzar una interpretació omnímoda de la tutela judicial efectiva, en tant que, com a dret fonamental de configuració legal, admet diverses formulacions, diversos graus d'exigència respecte a la implicació del jutgador. Per això hem de poder situar la tutela judicial, com a servei públic, en els seus justos límits.

En aquest sentit, els ciutadans tenen el dret a ser tutelats per la Justícia, però també el dret d'optar per solucions alternatives. Tothom ha de poder invocar efectivament l'article 24 de la Constitució, però no està compel·lit a invocar-lo i la tutela judicial efectiva té també una vessant negativa: el dret a no veure's sotmès abusivament i indeguda al procés o el dret a una compensació en aital cas. L'Estat també està legitimat per a rescabalar-se, a càrrec de qui abusa, del cost del servei judicial.

Per altra banda, en el conflicte entre llibertat (individual) i seguretat (col·lectiva), l'Estat ha de ser curós en l'ús de la llei i els jutges ho han de ser en la seva intervenció en la vida dels particulars. Quan la llei té una significació pública i col·lectiva i busca el bé comú (en l'àmbit del Dret públic, fonamentalment), només aquests valors superiors justifiquen la limitació de la llibertat dels particulars i els jutges resten sotmesos al principi d'intervenció mínima (per exemple, en Dret penal) i són garants dels possibles excessos del poder (per exemple, en el control de l'activitat administrativa).

Però quan el conflicte és entre particulars (en l'àmbit del Dret privat) la intervenció de l'Estat a través del jutge només està legitimada si ho preveu expressament la llei i la seva actuació està limitada al poder de disposició de les parts. L'efecte directe dels drets, principis i valors constitucionals sobre la vida dels particulars només serà possible, més enllà de l'autonomia dels particulars, quan no hi hagi una llibertat real en la persona, si el jutge constata objectivament una situació vulnerable i si la pròpia dignitat de la persona humana es veu afectada, fins al punt de poder invocar l'eficàcia vinculant i directa de la Constitució⁽²⁾.

Amb un altre abast, la tutela judicial efectiva està intrínsecament relacionada, des de la perspectiva prestacional, amb l'accés a la justícia, el reconeixement i la protecció real dels drets, la interdicció de la indefensió i el dret als recursos i a l'execució de les resolucions judicials.

En matèria civil i mercantil, la protecció d'aquests drets no s'estén omnímodament als "drets assistencials" (orientació jurídica, justícia gratuïta), ni a les situacions jurídiques subjectives imperfectes.

Des de la primera perspectiva, els principis rectors de la política social i econòmica permeten diverses opcions de política legislativa i no obliguen a concretes polítiques prestacionals de tipus assistencial en matèria de justícia.

Des del segon punt de vista, la tutela judicial efectiva no abasta les expectatives prestacionals, ni les facultats, les potestats o les càrregues, o altres vincles obligatoris,

⁽²⁾ VENEGAS GRAU, M.: *Derechos Fundamentales y Derecho privado (los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada)*, Tesi Doctoral, Marcial Pons, Madrid, 2004, 210; GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, 110, 127 i 214.

com el deute o la responsabilitat ⁽³⁾. La tècnica legislativa formula sovint principis en forma de “drets”, que són de caràcter programàtic i no directament aplicables a un conflicte legal (en un mimetisme equivocat respecte al Dret constitucional), o responen a prestacions assistencials no absolutes, sovint sotmeses a disponibilitats pressupostàries. En altres paraules, la Constitució garanteix una tutela judicial efectiva dels drets subjectius de forma compatible amb una reordenació de l'accés i el desenvolupament dels processos.

Per altra banda, no tots els conflictes han de tenir una solució judicial. No és ja una qüestió de medis, sinó de concepció. Per exemple, les infraccions per la circulació de vehicles de motor poden tenir altre solució que la judicial (com ho demostra el percentatge d'acords entre companyies asseguradores) i la solució dels conflictes familiars té millor qualitat i durada quan es produeix fora del Jutjat de Família o de Violència Domèstica.

Dit d'altra forma, la defensa dels drets fonamentals en la vida dels particulars s'ha d'harmonitzar amb el respecte a la llibertat individual i amb el dret d'autoorganització familiar i social (el principi d'autonomia de la voluntat) i la intervenció de l'Estat ha de limitar-se als conflictes que posen en perill els valors bàsics de la convivència i de l'ordenament jurídic. Una excessiva judicialització va en contra de la mateixa societat i dels desenvolupament dels seus mecanismes de progrés. Per això, la invocació de la tutela judicial efectiva no sempre ha de ser immediata en el procés de solució dels conflictes, si volem respectar la llibertat i potenciar la responsabilitat, la capacitat de gestionar els propis conflictes i la autocomposició com a valors.

L'educació en els valors democràtics, l'aprenentatge dels drets dels altres, la consciència i assumpció dels propis deures, l'educació en el respecte de la diversitat i la progressiva construcció d'una ètica social poden actuar també com a mecanismes preventius de la litigiositat.

Creiem que la formulació constitucional de la tutela de l'Estat a través dels tribunals com una tutela “efectiva” (art. 24 CE) admet diverses opcions de configuració legal tot respectant la seva essència i que és possible, no només per raons de rendibilitat econòmica de la inversió en el sector justícia, sinó per a obtenir un millor servei públic i per a un progrés social general, l'aplicació de mecanismes alternatius a la judicialització.

⁽³⁾ No podem parlar, pròpiament, de drets i deures subjectius respecte a la prestació de justícia. Els “drets” i els “deures” són les situacions de poder de una persona (posició activa) i de submissió d'altra o altres (posició passiva) que els faculta per a demanar o els obliga a suportar, respectivament, determinades conseqüències establertes a la llei. No és aquest el vincle que deriva de l'article 24 CE. En una relació jurídica, hi ha una situació de poder i deure concrets en que estan vinculats subjectes determinats, de forma que algun d'ells pot exigir a l'altre determinada conducta que aquest ha d'observar i a quina observança li pot compel·lir l'ordenament jurídic (LACRUZ BERDEJO, J. L y SANCHO REBULLIDA, I.: *Elementos de Derecho civil, II*, 4ª ed. Barcelona, José Mª Bosch, 1997 i ed. Dykinson, nova edició, Madrid, 2002, posta al dia per Joaquín Rams Albesa).

3. LA FIXACIÓ DE LES DIFERENTS FUNCIONS O COMPETÈNCIES PROFESSIONALS, COM A PRESSUPOST DE LA DESJUDICIALITZACIÓ

Com hem dit, hem de partir de la definició de les competències judicials, que giren en torn dels coneixements, les habilitats i els valors necessaris per a resoldre els conflictes de base jurídica.

En bona tècnica de definició de perfils jurídics professionals, les diferents funcions i competències s'han d'excloure entre sí, com a manifestació d'una divisió ordenada del treball. Si la societat ha produït, en l'àmbit del conflicte, professionals jurídics diferents del jutge, ha de ser possible apuntar l'essència de cadascuna d'aquestes professions, la funció de cada professional i les competències que les caracteritzen.

A més, la claredat en la definició dels diversos papers és garantia de la independència del poder judicial, en una societat democràtica, perquè és bo que siguin diferents els professionals o les institucions encarregades de cadascuna de les àrees o competències, sense confusions ni interferències.

3.1 La competència decisòria: L'article 117 CE diu que els jutges ha de "jutjar" i han de "fer executar" allò que han jutjat. El jutge és un professional dedicat a la resolució de conflictes, amb una tècnica basada en la confrontació d'interessos de fonament legal, en la tècnica probatòria, en el reconeixement de drets i en fer complir, si cal coactivament, les seves resolucions.

Si no hi ha base legal per a la confrontació, la funció judicial no té objecte (per exemple, quan no s'invoquen drets, sinó expectatives o interessos). Si l'estat del conflicte no es planteja en termes de tècnica adversativa (amb l'ús del procés com a institució), el jutge no ha d'intervenir. Si no hi ha conflicte real o el conflicte desapareix (per exemple, per una terminació anormal del procés), ja no té sentit la funció jurisdiccional. I "fer executar" no és "executar" per sí mateix, ni *ex propria*, ni *ex aliena manu*, sinó sols assegurar-se de que s'ha complert la sentència, quan algun dels litigants diu que no s'ha fet.

La competència decisòria ve acompanyada d'unes competències instrumentals fonamentals, per a assegurar que la decisió estarà basada en les degudes garanties processals:

- Assegurar l'accés a la justícia, com a dret de petició (especialment, en la seva vessant negativa: assegurar que no es negui dit accés), però no sempre assegurar l'accés als recursos (que és un dret de configuració legal);
- Assegurar l'ús de la "paraula" o al menys la possibilitat d'al·legar i exposar la pròpia postura;
- Assegurar el dret de defensa a través de la proposició i la pràctica de les proves;
- Assegurar que allò que el jutge ha decidit es compleix.

Les formes en què es poden materialitzar aquestes competències són diverses i és possible plantejar reformes legals que, assegurant-ne l'essència, facilitin la tasca jurisdiccional (per exemple, amb la introducció de la oralitat i la defensa de la immediació).

És cert que la tasca jurisdiccional presenta també alguns trets propis d'altres funcions o professions, com les competències de fixació jurídica (que és, coactiva, per exemple, en les sentències constitutives), les de constatació de fets, les de publicitat o la de seguretat jurídica o de dissuasió, però hem convingut que aquestes competències són residuals, no constitueixen el nucli central de la funció judicial i poden ser, per això, transferides.

En aquest sentit, el jutge no té, de forma principal, una funció d'assessorament, ni una funció documentadora o de fixació jurídica. Tampoc li correspon, constitucionalment, la funció conciliadora o d'amigable composició, ni la tramitació dels expedients, ni una funció d'execució material.

Tanmateix, en la competència decisòria són possibles algunes millores referides a la definició de les competències judicials.

3.2 La competència documentària: El jutge no està per a crear documents, ni per a traduir en escrits determinats manifestacions de voluntat o actes dels particulars. La funció de documentació (plasmare, posar per escrit, transcriure) és pròpia de la instrucció o configuració de l'expedient (judicial, administratiu, notarial), sotmès a les degudes garanties de credibilitat.

Per això, correspon al secretari judicial "armar" els processos: iniciar-los, "ordenar-los", "instruir-los" i custodiar-los en la mesura que li correspongui, finalitzar-los i deixar-los en disposició de ser resolts pel jutge. Per a dur a terme aquesta funció, ha de planificar i organitzar el treball, prendre decisions, gestionar la informació. Les decisions interlocutòries no són essencials ni consubstancials a la funció decisòria i tenen una mera funció "instrumental": fer que el procés segueixi el seu curs. També li correspon al secretari complir la resolució judicial, en allò que li correspongui, com també recau aquesta obligació en l'Administració pública i els particulars (art. 118 CE).

En aquest sentit, cal diferenciar l'expedient i la seva tramitació de les "peces de convicció", del material probatori pròpiament dit, quin destinatari sí és el jutge. Amb la nova reforma de la Oficina Judicial això ha de significar canvis importants en la consideració de la "materialitat" de l'expedient i en la gestió i custòdia del material probatori. Per això, ha de ser possible el dossier electrònic processal.

Qualsevol altra pretensió dels particulars sobre creació de documents, per a la constatació de fets físics, constància de la presa de posició o manifestacions de voluntat, especialment quan no guarden relació amb un procés judicial obert, no es correspon amb la funció judicial i ha de poder ser exercida per altres professionals (notaris, registradors, etc.).

3.3 La funció fixadora: El jutge no està cridat a fixar fets jurídics, ni és, per naturalesa, el defensor i promotor de la seguretat jurídica. És cert que les resolucions judicials

generen la màxima certesa jurídica, però aquest és un efecte reflex o indirecte de la funció decisòria. El jutge només fixa fets quan ha de valorar-los i només en tant això sigui necessari per a tal de decidir una controvèrsia.

La constatació de fets, especialment en ares a promoure la seguretat jurídica en la vida social i en les transaccions econòmiques i patrimonials, i la fixació dels fets per assegurar-ne la seva eficàcia i la seva prova, han estat tradicionalment funcions alienes a la jurisdicció i s'han dipositat, bàsicament, en mans notariales.

La funció notarial està al servei de la seguretat jurídica. Les “actes de notorietat” o les “escriptures públiques” són els instruments idonis per aquestes competències.

És cert que altres professions cooperen a defensar la seguretat jurídica, però la seva essència no està en la fixació de fets i actes, sinó en la qualificació de la seva validesa, en la seva proclamació i publicitació i, a cops, en la seva eficàcia.

3.4 La funció d'autocomposició: El jutge no està cridat a intercedir entre les parts per a conciliar-les o per a aconseguir un acord entre elles. El jutge no és un conciliador, ni un mediador, ni pot substituir la voluntat de les parts de resoldre els conflictes entre elles a través d'un àrbitre.

Altres serveis socials estan cridats a aquesta funció, que més que fixar o documentar, es centra en fer recuperar a les parts en conflicte la seva capacitat d'autogovern i d'interrelació. A través de l'autocomposició d'interessos es poden prevenir i poden desaparèixer molts conflictes. És possible la intervenció d'un funcionari públic o d'un professional neutral (de dret o d'altres disciplines de l'assistència social), sense una “doble via” o opció judicial alternativa, ni una posterior autorització judicial, en la mesura en que no existeixi controvèrsia.

3.5 La funció de publicitació: El jutge no s'encarrega de cap instrument de publicitat, com a garantia de la seguretat jurídica i, per això, és anacrònica l'assignació al seu favor de les competències del Registre civil. El jutge no qualifica, sinó que valora, no contrasta instruments i registres, sinó que resol.

La qualificació és el pressupost per a garantir l'eficàcia i l'eficiència dels instruments registrals, sobre tot en els casos en que, de conformitat amb la previsió de la llei, la inscripció registral no té només abast publicitari sinó també determinant de la plena eficàcia de les situacions inscrites. La qualificació dels actes i contractes inscribibles, la decisió resultant de practicar o no la inscripció i de que desplegui els seus efectes en relació a la situació inscrita i la publicitat del contingut del registre són l'essència de la funció registral.

Les garanties per a l'eficàcia d'aquests instruments no tenen que ser, necessàriament, judicials, en la mesura que no neixin de cap confrontació d'interessos.

3.6 La funció de defensa: El jutge no està per a defensar a ningú, ni tan sols a la part més feble, i la seva funció es limita a garantir la igualtat d'armes.

L'advocat es una figura essencial i cabdal en la nostra societat. L'assessorament dels particulars, sense que hagi d'existir controvèrsia pròpia de judici, l'explotació del coneixement jurídic i pràctic, la capacitat de negociació i d'intermediació jurídica s'han de garantir com a funcions pròpies dels advocats perquè, tot exercint correctament la seva funció, actuen en prevenció de la litigiositat.

El jutge que garanteix el dret de defensa no exerceix aquesta funció, ni tampoc ho fa la persona que orienta jurídicament el procés amb caràcter preventiu.

3.7 El deure de col·laboració:

L'article 118 CE obliga a tots els particulars i institucions a col·laborar amb l'Administració de Justícia durant el procés i en execució d'allò que s'ha resolt.

El treball del personal al servei de l'Administració de Justícia i determinades actuacions assignades per la llei a les institucions, als secretaris judicials, als procuradors dels tribunals i a altres operadors jurídics tenen aquest abast i estan fora de la funció decisòria.

Cal enfortir i incrementar els mecanismes d'auxili jurisdiccional, en el seu més ample sentit, tot descarregant al jutge de determinades funcions.

3.8 La funció dissuasòria: Per últim, el jutge no té com a funció pròpia la de convèncer de que hi ha altres vies a la solució dels conflictes que la via judicial, ni assessorar sobre els inconvenients del procés.

La informació sobre les expectatives i riscos del procés, sobre les seves possibilitats i dificultats, l'oferta de noves vies de solució de conflictes i la promoció dels valors comuns són alguns dels mecanismes de dissuasió del procés judicial.

Aquesta competència correspon als poders públics, als partits polítics i a les associacions ciutadanes i a la societat en general. Topem aquí amb un tema relacionat amb l'educació, els valors i la propagació de la cultura jurídica.

Per a dissuadir també és possible un exercici del poder de configuració legal del sistema processal que, sense afectar a l'essència constitucional, condicioni o limiti l'ús de determinats instruments procedimentals.

És important treballar mecanismes de filtratge previ a la judicialització. No per ser l'última de les funcions la funció dissuasòria és la menys important, sinó probablement és la primera en importància, perquè retorna a la ciutadania el poder de decidir per ella mateixa sobre els conflictes que pateix.

Anem, doncs, a desgranar les diverses propostes de desjudicialització que deriven d'aquesta definició de competències.

4. PROPOSTES PER A L'AUTOCOMPOSICIÓ DELS CONFLICTES

Diverses són les propostes per a aconseguir canalitzar la solució del conflictes a través de l'apropament de les persones enfrontades, la intercessió de tercers i l'actuació decisòria dels propis implicats.

4.1 Els advocats intenten sempre esgotar els **mecanismes de negociació** i solució pactada dels conflictes, abans de presentar una demanda. Tanmateix, la qualitat professional dels lletrats es posa de relleu en les seves habilitats negociadores. S'han de reforçar els ressorts ètics i tècnics de l'actuació dels lletrats, tant com amb els restants operadors jurídics, per tal de reservar el procés com a *ultima ratio* en la solució dels conflictes.

La formació ètica i el desenvolupament de les habilitats negociadores dels advocats pot facilitar la solució desjudicialitzada de conflictes. Cal programar activitats formatives, promoure premis per a les bones pràctiques, desenvolupar un codi ètic dels advocats i, en general, reforçar el prestigi d'aquests professionals.

4.2 Els tradicionals **sistemes alternatius de solució de conflictes** (mediació, conciliació, arbitratge, composició amigable) no són prou utilitzats per la ciutadania, a cops per desconeixement de la seva existència o per falta d'orientació dels agents socials vers aquestes solucions alternatives, a vegades per una errònia concepció de la funció judicial: el jutge és el "primer" garant dels drets dels ciutadans, però acudir als tribunals no ha de ser la "primera" iniciativa, ni és la única via de solució del conflicte.

Cal una decidida aposta dels poders públics per a potenciar els sistemes alternatius per a la solució dels conflictes actualment existents, millorar-ne l'accés i explorar-ne de nous, tot desfent l'equívoc de que al jutge li correspon la primera intervenció.

4.3 En concret, la **mediació** ha experimentat un impuls normatiu a partir de les Recomanacions del Consell d'Europa 1/1998 (en matèria civil) i 19/1999 (en matèria penal), la Directiva 2008/52/CEE i la recent Llei catalana de 15 de juliol 2009, de mediació en l'àmbit del dret privat, que amplia els continguts de la Llei 1/2001, de mediació familiar de Catalunya.

L'Estat ha anunciat també un Projecte de Llei de Mediació estatal, que derivaria a aquesta via les reclamacions pròpies del judici verbal (fins a 6.000 euros), de forma obligatòria pel que fa a una primera sessió informativa, al menys.

Basada en la voluntarietat de les parts implicades, en la interacció entre elles i en la manca de poder decisor del mediador, la mediació requereix, per a la seva potenciació, d'especials condicions personals dels litigants (control dels impulsos, racionalització, predisposició, etc.) i de la formació de bons professionals mediadors.

La aplicació decidida d'aquestes lleis, que permeten la suspensió del procés judicial per a cercar una solució pacificadora, pot significar una important desjudicialització dels conflictes.

La Comissió aposta decididament per la mediació, com a medi alternatiu de solució de conflictes basat en la voluntat individual i en la capacitació tècnica dels mediadors. Cal crear una autèntica “cultura” de la mediació. Iniciat un procés, el jutge no hauria, però, de promoure la mediació “intra-processal” abans de la configuració de la litis-contestatio i sospesar-ne molt la possible remissió després del període probatori.

4.4. Ha de ser possible la introducció de **nous mecanismes de prevenció** i de solució de conflictes. Per exemple, la figura del “defensor de l’assegurat” o del “defensor del client”, creats a imatge i semblança dels síndics de greuges o dels defensors del poble, es va estenent en àmbits com el sector bancari i financer, el món de les assegurances, les relacions de consum, l’assistència sanitària, la universitat o els medis de comunicació. La Generalitat hauria de potenciar, junt amb l’arbitratge de consum o com a complement de les normes que ho regulen, la implicació dels sectors econòmics en la configuració de “defensors” que, designats de forma imparcial entre professionals de prestigi, poguessin analitzar reclamacions de baixa entitat o d’escassa quantia per part dels clients, consumidors o usuaris. Opcional per al consumidor, la intervenció del defensor es podria potenciar amb incentius (acceptació prèvia de la decisió per part de la empresa, supressió de costos, assegurament de terminis, premis, etc.).

Proposem la potenciació dels “defensors dels clients” o figures similars, per a la resolució de conflictes d’escassa intensitat i per a la progressió de les bones pràctiques comercials i cíviques, basades en l’ètica professional dels empresaris.

4.5 Des de la perspectiva del **Dret de la persona i de la família i** en la línia de les voluntats anticipades i els pactes en previsió de crisi futura, l’autocomposició significa també la previsió de futures situacions d’incapacitat per part de l’individu ara sa o la programació de futures necessitats de protecció legal o de disposició de béns. En aquest sentit, es poden ampliar les competències notarials per a l’autorització per a la donació d’òrgans de donant viu i previsió de incapacitació futura i tractaments mèdics. També ha de ser possible la venda notarial de béns de menors i incapaços, previ nomenament de defensor judicial (doncs en molts casos ningú salvaguarda millor que la pròpia mare o pare els interessos del menor o incapaç), la disposició voluntària de la vivenda familiar assignada per resolució judicial (amb cessació del dret d’ús), el nomenament de tutor datiu, el canvi convingut de tutor i la rendició de comptes. Per últim, per via notarial podrien recollir-se les manifestacions sobre declaració de desaparició d’una persona.

Es proposa que, previ nomenament, en el seu cas, de defensor judicial per a salvaguardar reals conflictes d’interessos, es puguin resoldre i documentar per via notarial els acords dels interessats sobre matèria pròpia de dret de la persona i de la família (com l’autorització per a la donació d’òrgans, la previsió d’incapacitació futura i els tractaments mèdics, la venda de béns de menors i incapaços, la disposició voluntària de la vivenda familiar, el nomenament de tutor o la rendició de comptes), inclosa la commutació de béns per quotes indivises o de drets reals (cas de l’ús i l’usdefruit), sense intervenció judicial, llevat del nomenament de defensor, si s’escau.

4.6 L'actual reforma, en tràmit, del Codi de Família, per tal d'integrar-lo en llibre II del Codi civil de Catalunya potencia les **previsions preventives d'incapacitat futura** (l'autotutela), la possibilitat d'apoderament notarial preventiu i la figura de l'assistència de l'incapacitat, mesures totes elles que poden reduir la litigiositat, al temps de constituir instruments eficaços de protecció de les persones grans que preveuen un futur deteriorament de les seves capacitats intel·lectuals i volitives.

Cal fomentar l'autotutela i els poders preventius d'incapacitat futura, a favor del que pugui estar cridat a ser tutor. El notari que autoritzés una escriptura per part de l'apoderat hauria de reclamar-li certificats mèdics acreditatius del seu estat i controlar, fins on sigui possible, la persistència de les circumstàncies que van donar lloc al poder.

4.7 La possibilitat del **divorci i la separació consensuals**, quan no hi ha fills menors, és una realitat present en el Dret comparat, molt vinculada a la liquidació del règim econòmic matrimonial (pràcticament sempre hi ha béns indivisos) i a la necessitat de presentar un conveni regulador. Situacions equivalents, com la constitució i l'extinció de les unions estables de parella, s'han de poder formalitzar davant notari, amb efectes fiscals i hereditaris i garantint els interessos de cada cònjuge. En aquests casos ha de ser clara la preferència de l'autocomposició del conflicte, sense intervenció judicial. Defensem també, que el Registre civil deixi d'estar en mans dels jutges, per respondre a una funció pròpia de la publicació jurídica. Arribat el cas, altra alternativa pel divorci i la separació consensuals ha de ser presentar i ratificar el conveni regulador davant l'encarregat del registre o del jutge de pau (les mateixes autoritats que autoritzen el matrimoni). El divorci i la separació s'haurien de comunicar d'ofici al Registre civil en que consti inscrit el matrimoni i s'anotarien en el llibre de família.

Es proposa que el divorci i la separació puguin ser consensuades davant notari, davant de l'encarregat del registre civil o del jutge de pau si no hi ha fills menors o incapacitats, sense impedir l'assistència lletrada de cada cònjuge, si s'escau, i amb incorporació del conveni regulador en l'escriptura pública o en la compareixença en el registre.

4.8 També ha de ser possible la **divisió de cosa comuna** (per dissolució de matrimoni o per herència) per via notarial, tot buscant l'autocomposició. Habitualment, els condòmins no s'oposen a la divisió (no hi ha conflicte quan al què), sinó que només volen assegurar el millor preu o cerquen l'adjudicació a un dels copropietaris. El Codi civil català estableix criteris clars per a la divisió. A més, molts cops es produeix una reducció important del valor del béns per l'*actio communi dividundo* en seu judicial i la via notarial pot assegurar una millor realització, en la línia que pregona el nou Codi civil de Catalunya.

Es proposa afavorir l'adjudicació del bé indivís, per via notarial, a favor del cotitular de major participació (art. 552 C.c.C.), fixat el seu valor de mercat per taxador independent (que podria ser designat pel notari) i la possible adjudicació, cas de participacions iguals, per part del notari, per sorteig entre els cotitulars interessats en l'adjudicació, previ pagament als altres de la seva part conforme a valor de mercat (llevat d'acord unànime sobre el preu). Si hi concorregués la reclamació d'altres drets,

es podria suspendre l'eficàcia de l'adjudicació fins la seva resolució, amb remissió de les parts a la mediació, o sotmetre la divisió a la resta de peticions judicials.

4.9 La introducció del principi del consens en el procediment abreujat penal és una altra manifestació d'autocomposició i ha suposat un canvi en les maneres d'actuació del ministeri fiscal per promoure les solucions facilitadores de la sentència. Sense apartar-se de la legalitat, però utilitzant tots els marges d'arbitri legal es pot arribar a solucions d'acord amb l'acusat i la defensa, especialment en les infraccions penals conegudes com a “bagatel·les”. En el concret àmbit de la desjudicialització civil, aquests acords han d'incloure els aspectes referits a **la responsabilitat civil derivada del delicte**. Les pautes per promoure les solucions consensuades han de partir de criteris flexibles, apel·lant a la responsabilitat de cada fiscal que, sense apreciar un fet diferent al contingut a l'escrit d'acusació original, tot valorant els fets i circumstàncies que hi concorrin, i per tal de propiciar la conformitat, acordi amb les defenses (i, l'actor civil, en el seu cas, i la resta de parts acusadores) una rebaixa de la pena o penes inicialment demanades i de la responsabilitat civil, si escau.

Una solució de conformitat, estesa a la responsabilitat civil, evitaria la reserva d'accions i/o la reproducció en via civil de les pretensions econòmiques.

Entenem que cal reforçar la conformitat prèvia al judici penal, fins i tot prèvia al tràmit de qualificació, tot incloent la responsabilitat civil derivada del delicte i estenent els mecanismes de la conformitat privilegiada, també en matèria de responsabilitat civil derivada del delicte, a la fase prèvia al judici oral.

4.10 Destaquem la importància de la **mediació en l'àmbit penal** com a mecanisme de desjudicialització de conflictes. Els advocats, garants essencials dels drets dels ciutadans, han de ser els veritables subjectes actius de la mediació penal, tot incloent els **aspectes referits a la reparació de la víctima**, en l'àmbit de la responsabilitat civil.

La Recomanació n. R (99) 19, del Comitè del Consell d'Europa, defineix la mediació penal com “tot procés que permet a la víctima i al delinqüent participar activament, si lliurement accedeixen, en la solució de les dificultats resultants del delicte, amb l'ajuda d'un tercer independent (mediador)” i encara que l'article 44 de la Llei Orgànica 1/2004, exclou de forma expressa la mediació (prohibició que ha estat molt criticada), entenem que molts dels procediments que es tramiten per violència de gènere es podrien evitar si s'informés adequadament a les parts dels problemes que el procediment judicial en el qual es veuen immersos pot desencadenar i de les alternatives de dret civil a la solució del conflicte.

A més, una part de les denúncies que es presenten deriven de problemes de la convivència quotidiana de la parella, que en realitat no desitgen una separació, veient-se abocats a una separació de fet com a conseqüència de l'ordre d'allunyament, amb tots els problemes d'índole econòmic que això comporta. S'asseguraria una acollida emocional, escolta, suport per a l'elaboració emocional de la situació traumàtica soferta, informació de la situació, condició i motivació de l'infractor per a la comprensió del seu comportament. Entre els fets susceptibles de prestar-se a la mediació *pre*-penal es podrien considerar els fets no delictius relacionats amb l'honor, el patrimoni, l'impagament de pensions i les actuacions sobre menors, que podrien anar de la mà de la reconsideració del principi d'oportunitat en el procés penal.

Una part de les denúncies derivades de l'aplicació de la llei de violència de gènere es podria desjudicialitzar si en seu policial o judicial es derivés a la part denunciant al servei d'atenció a la víctima o als serveis d'orientació jurídica i se l'informés detalladament,, després d'acollir-la degudament, de tots els efectes que la denúncia pot generar. Aquestes actuacions no serien possibles en cas d'existència d'indicis racionals de criminalitat. Defensem una reforma legal que permeti explorar solucions alternatives als conflictes intra-familiars i propugnem, en la mesura que sigui possible, explorar la possible solució pacífica dels problemes de la parella (quan no consti amb claredat l'existència de fets delictius), a fi d'evitar processos que poden estar condemnats al fracàs. Caldria preparar equips de mediació en seu policial i judicial, amb intervenció d'advocats mediadors i altres professionals i prèvia redacció d'un Protocol. En tot cas, la derivació a conciliació es comunicaria al ministeri fiscal i al jutjat. També s'ha de posar en marxa l'equip de suport al jutge que la Llei de Protecció Integral va regular i que no ha entrat en funcionament.

4.11 Cada cop són més freqüents els casos de peticions judicials de **divisió de l'herència** (art. 782 LEC) quan, si no hi ha menors i incapacitats, seria suficient la via notarial. La convocatòria de junta i la designació de comptador entre membres d'una mateixa família, que han de seguir mantenint relació en el futur per raons de consanguinitat, són moments idonis per a reconduir a mediació el conflicte, en cas de desacord.

En els casos en que no hi hagi menors ni incapacitats que precisen de la intervenció del ministeri fiscal, i també amb menors i incapacitats implicats, prèvia designa de defensor judicial, es podria practicar la divisió d'herència davant notari. Només en cas d'oposició o disconformitat entre els interessats s'hauria d'acudir davant el jutge, tot acreditant amb certificació notarial l'intent fallit. Ara bé, insistim que davant el desacord el més convenient pot ser la mediació.

5. LES FUNCIONS DISSUASSÒRIES DEL LITIGI: LA CULTURA JURÍDICA, L'ACTUACIÓ ADMINISTRATIVA I ELS LÍMITS DE L'ACCÉS AL PROCÉS I ALS RECURSOS

Si l'autocomposició no és possible, s'inicia el camí de la reclamació jurídica, però fins a l'exercici de la funció decisòria per part del jutge encara poden actuar com a elements dissuasoris la cultura jurídica i l'educació, una deguda informació sobre les limitacions del sistema de justícia gratuïta i el intent de conciliació pre i intra-processal.

Una bona actuació de la Generalitat en l'àmbit del consum i de les administracions locals amb uns serveis socio- jurídics integrats també poden ser eficaços mecanismes per a dissuadir del litigi.

Cal analitzar també la possible introducció de mecanismes fiscals o limitadors d'accés a la jurisdicció o als recursos i les sancions processals per ús inadequat del procés.

5.1 En un pla general, els ciutadans coneixen prou bé els sistemes sanitari, educatiu, assistencial, laboral i, en canvi, el sistema de justícia no es coneix i és vist a cops amb recel i a cops con a panacea de la resolució dels conflictes. Cal conèixer l'estructura democràtica del procés, com a mecanisme de resolució dels conflictes, les seves possibilitats però també els seus límits i les dificultats de la solució jurisdiccional dels conflictes d'interessos. Propugnem incrementar **l'educació de la ciutadania** en matèria de justícia, la intervenció de la societat civil en la solució dels conflictes, la implicació en la cerca de la justícia dels grups socials i la multiplicació d'òrgans de recerca i consultius.

S'ha de vetllar per l'apropament de la justícia als ciutadans, des de l'escola i l'institut, com a mecanisme de prevenció dels conflictes, i s'ha d'incrementar la implicació de la societat civil en la millora de la justícia.

5.2 Des de la perspectiva de la seguretat jurídica, la millora de diversos **elements de la cultura jurídica** poden actuar com a mecanismes dissuasoris de la litigiositat: la previsibilitat econòmica (quan a costos) i jurídica del procés (quan a la unificació de criteris jurisprudencials), l'existència de sistemes de baremació legal⁴, el coneixement del temps de resposta i d'altres.

També pot ser important la implantació d'estratègies de resultat, com plans pilots de millora processal, la fixació d'objectius (percentatge de conciliacions, reducció de temps d'espera, etc.) i l'aprofundiment en els mecanismes d'unificació de criteris (acords governatius, advocació de "plet-testimoni" al ple de l'òrgan judicial, fixació d'interès cassacional, etc.).

En concret, hauria de generalitzar-se a ordres diferents del contenciós administratiu (civil, laboral) la figura del "plet-testimoni" (art. 37.2 i 3 LJCA), per tal de facilitar el tràmit de plets - massa i garantir una aplicació coherent de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el precedent. Aquesta solució es considera millor que la tècnica de "acords governatius", de moltes Audiències Provincials, de dubtós abast normofilàctic.

Cal potenciar la seguretat jurídica i la millora dels mecanismes culturals de la jurisdicció que l'afavoreixen, com a sistema dissuasori de la litigiositat, es especial la informació sobre els costos del procés, la unificació de criteris i la implantació d'estratègies de resultat.

5.3 La justícia gratuïta no arriba a les "classes baixes" i als "grups d'autoexclusió social" (mancats de capacitat d'autodefensa, amb malalties com l'alcoholisme o la drogadicció, o persones de famílies desestructurades) i els seus usuaris són fonamentalment l'anomenada "classe mitjana baixa" i la "classe mitjana". Els **serveis socials** descobreixen els problemes que poden tenir una projecció judicials i han de tenir un **enllaç preferent** amb els serveis d'assessorament i orientació jurídiques i amb la justícia gratuïta.

⁴ Com en matèria d'assegurança obligatòria de vehicles de motor, en matèria de pensions alimentàries o compensatòries en procés de crisi familiar, indemnitzacions *standard* o criteris pre-establerts en contractes d'agència i similar, dany moral, etc.

Cal reorganitzar els serveis d'orientació jurídica i de justícia gratuïta de forma que atenguin els més necessitats, fins i tot d'ofici quan les seves circumstàncies personals o familiars els fan especialment vulnerables i els col·loquen en situació d'incapacitat per a promoure la seva defensa.

5.4 La regulació del servei públic de **l'assistència jurídica gratuïta** ha d'incorporar **modificacions** que permetin que la prestació del servei sigui més equitativa i més adequada a les situacions i pretensions concretes de les persones que el pretenguin utilitzar, abordant la revisió de l'automatisme del dret en les successives instàncies processals. A més, s'ha de racionalitzar el procediment per a l'obtenció del dret a l'assistència jurídica gratuïta, de forma que respongui estrictament al principi de solidaritat social que l'inspira.

Ha de ser possible la limitació dels beneficis de la justícia gratuïta, de forma que juntament amb la possibilitat de declarar la insostenibilitat de una pretensió, es pugui també declarar la insostenibilitat d'un recurs (i també de la oposició a una execució). També ha de ser possible exigir que el litigant ratifiqui personalment la decisió del lletrat nomenat d'ofici de presentar un recurs i unificar els criteris de sol·licitud i concessió del benefici en els diversos ordres jurisdiccionals, exigint la justificació de la seva necessitat també en l'ordre jurisdiccional laboral.

Compartim la necessitat de modificació de l'article 32 de la Llei de Justícia Gratuïta per tal de sotmetre a dictamen tècnic jurídic del col·legi d'advocats respectiu.(o dels propis serveis d'orientació jurídica) la sostenibilitat o no dels recurs d'apel·lació del litigant que gaudeix d'aquest benefici. La revisió jurisdiccional hauria de fer-se per jutge diferent del que va dur l'assumpte en primera instància.

5.5 Les **administracions locals** han de configurar sota uns criteris mínims de qualitat els diversos serveis d'atenció i d'orientació als ciutadans que prestin mitjançant gestió directa o indirecta i que comportin qualsevol mena d'assessorament generalista o especialitzat en la defensa dels drets dels ciutadans i ciutadanes. Així, s'ha d'establir l'exigència d'una qualificació professional i una experiència prèvia mínima a aquelles persones que prestin el servei.

Aquests serveis han de promoure les vies de resolució extrajurisdiccional dels conflictes, en especial la mediació, la conciliació i l'arbitratge.

Aquests serveis han d'establir progressivament mecanismes de prestació de forma telemàtica o telefònica.

Amb l'objectiu d'assegurar la prestació d'un servei homogeni i de qualitat en tots els àmbits, s'ha de promoure la coordinació amb altres serveis d'atenció al ciutadà de totes les administracions públiques.

Per tal de reduir la judicialització, cal que la implicació de les administracions locals en la resolució dels conflictes es faci sota criteris de qualitat i que l'assessorament i la orientació jurídica als ciutadans es presti de forma coordinada i homogènia amb la resta d'administracions competents. Cal diferenciar els diversos sistemes socials d'assistència i assessorament jurídic, de forma que les consultes de mínims quedin excloses, inicialment, de l'accés jurisdiccional i s'instaurin mecanismes alternatius de solució.

5.6 Situacions subjectives que no estaven protegides abans són avui reconegudes com a drets gràcies a la tasca dels tribunals i de la jurisprudència. El procés judicial té un valor en sí mateix, com a institució per a discriminar els drets dels ciutadans respecte a les pretensions espúries.

Però, feta la discriminació, hem de ser conscients de que no es pot utilitzar el procés tortament, per a fins no permesos per l'ordenament jurídic. Els efectes d'un ús inadequat (com la imposició de costes processals) haurien de ser més grans quan hi ha infracció de **la bona fe processal o abús de dret**, tot introduint l'agraciació del sistema de costes (incloent, junt amb el criteri de temeritat, la falta de fonament de l'acció i l'ús espuri del procés). Defensem la ampliació del sistema de multes, amb respecte als principis de legalitat i tipicitat propis de tot dret sancionador, i la regulació de l'acció de responsabilitat per danys derivats de l'ús espuri del procés.

Proposem la introducció de nous instruments de penalització de l'ús espuri i inadequat del procés i de l'exercici d' accions faltes de fonamentació o que busquen una finalitat aliena a la del procés judicial (ampliació dels criteris d'imposició de costes, sistema de multes- tot respectant els principis de legalitat i tipicitat- i la regulació de l'acció de responsabilitat per danys causats pel procés).

5.7 El legislador pot definir o determinar les condicions i les conseqüències de l'accés a la justícia (STC 206/1987) i pot establir límits a l'exercici del dret fonamental, que seran constitucionalment vàlids si, respectant el seu contingut essencial (art. 53.1 CE), busquen preservar altres drets, bens o interessos constitucionalment protegits i guarden la adequada proporcionalitat amb la naturalesa del procés i la finalitat perseguida (SSTC 158/1987 i 32/1991).

Són possibles, per tant, determinades **condicions en l'accés a la jurisdicció**, com la meritació de taxes, la limitació temporal de la petició de justícia gratuïta o altres restriccions, sempre que no imposin requisits impeditius o obstaculitzadors de l'accés a la jurisdicció, o traves innecessàries, excessives i mancades de raonabilitat o proporcionalitat respecte als fins que lícitament pot perseguir el legislador (SSTC 185/1987, 60/1989, 114/1992, 206/1999, 198/2000, 116/2001, 173/2003, 273/2005, 267/2006 i 26/2008).

La introducció de la nova taxa judicial per la Llei Orgànica 1/2009, en forma de dipòsit per a recórrer, està provocant, a la pràctica, una sobrecàrrega de feina burocràtica que pot significar una trava innecessària i desproporcionada.

Per altra banda, és possible una simplificació procedimental en el sistema de **recursos interlocutoris devolutius**, de forma que, si no s'insta formalment recurs de reposició, la mera protesta o anunci de la part de la intenció de recórrer en apel·lació una decisió interlocutòria, de mer tràmit, pot satisfer suficientment les expectatives de la part de fer valdre el seu interès en apel·lació. L'experiència demostra que poques vegades es manté en apel·lació la queixa contra la desestimació de recursos de reposició interlocutoris. La mera protesta estalviaria feina revisora als jutjats.

La utilització de la taxa judicial i la introducció del dipòsit per a recórrer poden ser instruments vàlids com a mecanismes dissuasoris del procés o del recurs, però no poden tenir un fonament recaptatori, ni sancionador. La Comissió es mostra favorable

a l'extensió d'un sistema de taxes si pot desincentivar un infundat accés a la jurisdicció i/o als recurs, però mostra les seves reserves sobre que la generalització dels dipòsits de 25 i 50 euros per a recórrer en reposició, revisió o queixa, o en apel·lació o en recursos extraordinaris, pugui ser una mesura adequada per a reduir la litigiositat, al temps que denuncia que la seva aplicació està generant una carregosa tramitació procedimental de pagament, acreditació, acord de devolució, etc. Caldrà una unificació de criteris sobre si aquesta despesa es podrà o no repetir en la taxació de costes.

Sembla proporcionada la limitació de la sol·licitud de justícia gratuïta als tres primers dies després de la citació a termini.

Propugnem una reforma de la regulació del recurs de reposició que permeti, com a alternativa per a la part, fer constar simplement la protesta per a fer valdre el seu dret davant del jutge (quan es tracti de resolucions del secretari o secretària) o davant de l'òrgan d'apel·lació (quan es tracti de resolucions interlocutòries del jutge o jutgessa), tot valorant l'estalvi de la taxa o del dipòsit judicial.

5.8 La doctrina constitucional sobre el sistema de recursos el fa compatible amb mecanismes de restricció del seu ús (*ad ex.* art. 449 LEC), com, la remissió de l'apel·lació interlocutòria al moment de l'apel·lació principal, la consignació per a la apel·lació, l'exigència de un dipòsit per a recórrer, el control previ de la sostenibilitat del recurs per les persones que litiguen amb justícia gratuïta, etc. El principi de doble instància pot tenir limitacions en la jurisdicció civil (impedir el recurs d'apel·lació en determinats casos) sense violentar l'article 1 CEDH.

El Consell General del Poder Judicial, en el seu "Plan de Modernización de la Justicia" de 2009 i en l'Acord del Plé 28 de gener de 2010, proposa, per a la reducció de la litigiositat, la supressió del recurs d'apel·lació en el judici verbal de quantia inferior a 3.000 euros i en els processos que acaben amb sentència que no té cosa jutjada material i en el mateix sentit s'han pronunciat els Presidents del Tribunals Superiors de Justícia en la seva reunió de novembre de 2009.

La Comissió no veu clares aquestes propostes de **limitació de l'accés a l'apel·lació**, pel sentit general del recurs d'apel·lació (minimitza els errors, unifica les pràctiques, ajuda al progrés dels jutges) i perquè la proposta afecta a matèries sensibles (desnonament per falta de pagament de la renda en arrendaments urbans, "interdicte" possessori) i a altres de dubtós caràcter sumari ("interdicte" d'obra nova, precari, aliments, dret de rectificació o accions sobre béns mobles registrats).

Hauria de permetre's el recurs d'apel·lació, en tot cas, per a les sentències dictades en processos que no tenen clarament cosa jutjada material, perquè els límits de la cosa jutjada respecte al judici declaratiu ordinari estan molt indefinits en la doctrina jurisprudencial actual, tenint en compte la doctrina sobre la irreproductibilitat d'excepcions que es podien haver mantingut en el sumari i les noves previsions limitadores de l'article 400 LEC.

Sí es pot explorar, ben al contrari, la possibilitat de limitar el declaratiu posterior a un judici ja plenari o en el què les parts s'han defensar amb amplitud.

Potser posant en relació la proposta amb la del Ministeri de Justícia sobre la mediació prèvia obligatòria en el judici verbal es podria admetre la limitació del recurs d'apel·lació si el procés judicial es configurés com la "segona oportunitat" davant d'una mediació rebutjada (gestionada per un servei de l'administració local d'atenció i d'orientació als ciutadans o per derivació del tribunal).

Propugnem la introducció de restriccions en l'admissió del recurs d'apel·lació com la remissió de l'apel·lació interlocutòria al moment de l'apel·lació principal, la consignació per a la apel·lació de l'import de la condemna, l'exigència de un dipòsit per a recórrer, el control previ de la sostenibilitat del recurs per les persones que litiguen amb justícia gratuïta o el co-pagament del sistema de recursos en apel·lació, quan la sentència d'instància no ha apreciat dubtes de fet, ni de dret. No ens mostrem favorables a la limitació o supressió del recurs d'apel·lació per a les sentències dictades en processos que no tenen cosa jutjada material, ni pels judicis verbals de quantia inferior a 3.000 euros, llevat que el procés judicial de primera instància es configuri com una "segona oportunitat" davant d'una mediació fracassada.

5.9 Respecte a la reforma del **recurs de cassació i per infracció processal** que són competència del **Tribunal Suprem**, els elements dissuasoris poden ser més intensos. A la vista de la reforma que promouen els Presidents dels Tribunals Superiors de Justícia i el propi Consell General del Poder Judicial, cal recordar que el Tribunal Suprem ha optat per una interpretació molt restrictiva de l'accés a la cassació per raó de la quantia i de l'interès cassacional (Acord de 1 de desembre de 2000) restricció que s'agreujarà amb l'augment, al doble, de la *summa gravaminis*. Això significa que matèries com el dret contractual, el dret del consum, el dret de família o el dret successori no tindran fàcil accés a la cassació (només per raó d'una quantia molt elevada, superior als 300.000 euros).

Més dissuasori és, sens dubte, que sigui possible l'execució provisional de la sentència recorreguda en cassació, tot i que no es fa un ús notable d'aquesta possibilitat processal. Fóra bo introduir que qui vol recorre en cassació o per infracció processal una sentència d'apel·lació que confirma la de instància hagi de dipositar l' import total de la condemna.

Advoquem per una revisió dels criteris d'admissió del recurs de cassació i per infracció processal davant del Tribunal Suprem que afavoreixi l'activitat normofilàctica en totes les matèries i per la introducció de la necessitat de dipòsit o aval per l'import total de la condemna per a recórrer en cassació o per infracció processal quan la sentència d'apel·lació confirma la d'instància.

5.10 Per que fa al **recurs de cassació davant el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya**, l'Avantprojecte presentat per Departament de Justícia es situa en la tendència diametralment oposada: es dissenya una funció cassacional omnímoda, amb una tendència expansiva del sentit de la cassació que no s'avé clarament amb el sentit del recurs extraordinari i pot significar un augment excessiu de la tasca del Tribunal Superior.

Cal assignar definitivament les competències del recurs extraordinari per infracció processal als Tribunals Superiors de Justícia, derogant la interinitat de la D.F. 16^a de la LEC.

La Comissió proposa la introducció d'un mecanisme de salvaguarda, en tràmit d'admissió del recurs de cassació davant del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que permeti rebutjar ab limine, els assumptes inconsistents o repetitius, en la

línia del previst a l'article 473.2, 2on LEC pel recurs per infracció processal (inadmissió del recurs per "manca manifesta de fonament") o de l'article 75 quinques LOTC (inadmissió per ser "notoriament infundada la controvèrsia suscitada"). Propugnem una cassació davant del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ampla, que s'estengui a les qüestions prejudicials de dret comú estatal (sense abast normofilàctic en matèria aliena a la seva competència) i al control constitucional dels preceptes de Dret constitucional vinculats a la interpretació de la legislació pròpia de Catalunya.

5.11 La conciliació administrativa, prèvia a la via judicial, s'ha assajat amb èxit a la jurisdicció laboral (el SMAC), on és obligatòria, com a medi dissuasori del procés judicial. En l'àmbit civil i mercantil, la **conciliació prèvia al judici** va ser molt temps obligatòria i tanmateix ineficaç, fins i tot en l'àmbit que li era més propici, com el de la justícia de proximitat (jutges de Districte i de Pau). La seva escadussera aplicació, ha produït un buit important en la prevenció i en la solució transaccional dels conflictes civils i mercantils.

Cal superar la visió de que una conciliació prèvia i obligatòria en el Dret privat no es pot compatibilitzar amb el principi de llibertat civil i d'autonomia de la voluntat. Però no sembla que la solució hagi de venir donada per la creació d'un organisme administratiu *ad hoc* amb adscripció d'advocats juristes.

Més aviat propugnem la potenciació de la conciliació pre-processal, com acte de jurisdicció voluntària (d' "intervenció" voluntària), a càrrec del secretari judicial (art. 460 LEC 1881 segons la llei 13/2009, art. 82 LPL), a l'empara de la reforma de la oficina judicial actualment en tràmit i, especialment, si es permet la remissió per part del jutge a conciliació del secretari (com alternativa a la mediació externa) en qualsevol fase del procediment. La homologació de les transaccions judicials per part del secretari (art. 517 LEC en la seva nova redacció) té un clar component de fixació jurídica i no ha de presentar dificultat la seva atribució al secretari judicial, donat el caràcter no decisor del judici d'homologació, limitat a que no sigui contrari a la llei, la moral i l'ordre públic i permeable a la revisió (art. 1817 C.c.).

S'ha de concretar la previsió legal sobre el moment processal per a "intentar avenir", treballar específicament la tècnica de la conciliació, formar en les habilitats necessàries (per a fixar coincidències i discrepàncies, analitzar els interessos subjacents, etc.), introduir la possibilitat d'ajornaments, assegurar la deguda participació dels lletrats com a formalitzadors jurídics dels possibles pactes i incloure el seu dret al cobrament d'honoraris.

Ha de ser possible també una conciliació intra – processal, a càrrec del jutge i en l'audiència prèvia o judici verbal, un cop fixats els fets controvertits (art. 428.2 LEC), o per derivació al secretari judicial.

S'ha de corregir la ineficàcia històrica de la conciliació judicial, a través de la potenciació de la conciliació pre-processal o intra-processal (a càrrec del secretari judicial i com alternativa a la mediació externa) i mitjançant una regulació legal i protocol·lària que la faci efectiva. Aprofitant la reforma de la oficina judicial, proposem l'ús de la conciliació a través dels corresponents secretaris judicials encarregats de les conciliacions (art. 460 LEC/1881) especialment formats per a dur a terme aquesta funció.

5.12 La cerca judicial de **l'acord intra- processal** (en l'audiència prèvia del judici ordinari, o en la fase inicial del judici verbal), és també una alternativa en la que s'ha d'aprofundir. Tradicionalment, el jutge no ha desenvolupat habilitats suficients per a conciliar, però l'experiència demostra que alguns magistrats, amb qualitats innates o adquirides, aconseguen un percentatge significatiu d'acords.

Per a arribar a acords amb la intervenció del jutge cal el desenvolupament d'una tècnica especial, reclamar la presència de les parts, personalment, assegurar el rol propi dels advocats i procuradors, aprofundir en els interessos subjacents, que el jutge eviti l'anticipació de criteris jurídics sobre el fons del conflicte i administrar d'una altra manera el *tempo*.

Convindria reformar la llei per tal de establir la presència obligada de les parts en l'audiència prèvia i en el judici verbal i modificar les normes legals i de repartiment d'assumptes per a permetre que el jutge que s'ha implicat en una conciliació fracassada es pugui apartar del coneixement del fons de l'assumpte, com a causa d'abstenció.

S'han d'introduir incentius que l'afavoreixin, com la modificació del criteris orientadors d'honoraris per a retribuir millor la tasca dels professionals en els acords, respecte a la continuació del tràmit contenciós, àdhuc en casos de justícia gratuïta.

Les facultats conciliadores dels jutges i magistrats no estan prou explorades, ni explotades. Proposem el disseny de programes específics de formació judicial i lletrada per a aquesta finalitat i una reforma legal que afavoreixi la conciliació judicial en l'audiència prèvia i en el judici verbal. S'han d'establir també incentius econòmics o d'altres tipus pels professionals .

5.13 Els notaris han d'incidir en el desenvolupament de les **bones pràctiques comercials, financeres i mercantils**. Des de la perspectiva de la protecció dels consumidors, els notaris han de potenciar les seves facultats d'informació i protecció de la part feble, especialment rellevant en els supòsits de contractació en massa i en els supòsits de forma contractual pre-redactada i en els contractes d'adhesió, sobre tot per a l'exercici del dret de desistiment, i en l'àmbit de la propietat industrial i intel·lectual.

Cal reforçar el dret dels consumidors en relació a la petició unilateral d'informació i la intervenció del notari i millorar la pràctica notarial amb el desenvolupament de l'obligació d'informació i la concessió de terminis de reflexió (Decret 122/2008). Ha de ser possible aquesta actuació sense necessitat de la presència de l'altra part contractant, i l'articulació notarial del dret de desistiment unilateral i dels altres drets contemplats en la legislació del consumidor.

5.14 La regulació vigent del procediment extrajudicial d'execució hipotecària no sols ha generat dubtes sobre la seva constitucionalitat (SSTS 10 d'octubre de 2007 i 25 de maig de 2009), sinó que s'ha mostrat de quasi nul·la aplicació pràctica (en part, per no contemplar la presència d'assistència lletrada), el que deixa sense efecte la possibilitat de venda extrajudicial de l'immoble hipotecat prevista a l'article 129 de la Llei Hipotecària i impedeix una desjudicialització en matèria d'execució de garanties hipotecàries. La recent reforma del mercat hipotecari (Llei 41/2007), amb l'assegurament de la taxació com element essencial de l'execució hipotecària i les especials condicions del mercat en temps de crisi, permet sospesar la introducció de un pacte anàleg al comissori, com a mecanisme de realització de valor més just que, al

mateix temps, podria incidir en una notable reducció de la litigiositat judicial. Tractant-se d'un dret de realització de valor, el sistema de subhasta judicial acostuma a derivar en l'obtenció del pitjor valor, per la mecànica de la intervenció de tercers (els "subhastars") i altres disfuncions, com la persistència abusiva del rèdit després de la subhasta, a cops decidida a favor de societats participades pel creditor. El pacte comissori suposa la privació del bé hipotecari en pagament del deute, i la raó de la seva prohibició rau en la necessitat d'evitar que dita privació es produeixi per raó de deutes d'import inferior al valor del bé perdut, amb el perjudici subsegüent per al propietari deutor. Per tal d'evitar aquest perill, es pot proposar l'admissió d'un pacte anàleg, a celebrar en el moment de constitució de la hipoteca, que permeti alliberar el crèdit amb la possibilitat de poders irrevocables a favor del creditor per a l'alienació, a un preu mínim fixat per taxador independent i amb garanties de defensa pel deutor, a través del seu advocat.

Caldria una regulació acurada de la institució, que garantís els interessos del prestatari i els eventuais drets dels creditors posteriors (amplitud de les causes d'oposició, protecció de l'habitatge familiar) i no s'han de descartar altres fórmules, com el conveni privat d'execució aprovat en el procés d'execució o la subhasta especialitzada.

Es proposa que, sense perjudici de la prohibició general que del pacte comissori regeix en el nostre dret, amb rang de llei, es reguli en el seus aspectes essencials i delimitadors un pacte de caràcter anàleg, per a les hipoteques subjectes al mercat hipotecari, en la línia de les solucions adoptades en el Dret comparat, amb necessària intervenció d'advocat defensor del deutor i amb garanties d'una taxació independent el més pròxima al moment de la privació del bé, que faciliti la realització del bé hipotecat mitjançant la seva adquisició per l'entitat creditora o per un tercer. Aquesta regulació no hauria de ser impediment per a contemplar també modificacions en la dació en pagament, o operacions que indirectament aconseguixin idèntica finalitat, quan és a favor d'entitats creditores financeres o creditícies o la venda a filials o societats participades que assumeixen el pagament del deute a la societat matriu o entitat creditora de quin grup formen part. Tot això, sense perjudici de la possibilitat de promoure l'aplicació, en l'àmbit extrajudicial i previ pacte entre les parts, de la venda per persona especialitzada o dels convenis especials de realització.

5.15 Respecte **l'arbitratge de consum**, les administracions públiques poden promoure'l imposant l'obligació, en l'àmbit de llurs respectives competències, que les seves empreses públiques sotmeses al dret privat estableixin necessàriament, en les seves condicions generals de contractació i en els seus contractes amb les persones consumidores, clàusules d'adhesió o de compromís a l'arbitratge de consum, per a la resolució dels conflictes i reclamacions derivades de la prestació dels seus serveis, l'aplicació de les quals depengui de la voluntat de la persona consumidora.

La Comissió entén que les administracions públiques, específicament, han de potenciar l'arbitratge de consum en les empreses públiques, com a sistema alternatiu per a la resolució de conflictes menors i de conflictes derivats de contractacions en massa.

5.16 Els òrgans de **contractació administrativa** haurien d'incorporar l'adhesió a l'arbitratge de consum com a condició d'execució en l'adjudicació de contractes per part de la Generalitat de Catalunya i els seus organismes públics i empreses. A més, pel que fa a les entitats o empreses privades que gestionin serveis públics, serveis d'interès

general o serveis universals en règim de concessió, s'ha de promoure que als plecs de condicions s'inclouï l'obligació que en els contractes amb persones consumidores es prevegi l'adhesió a l'arbitratge de consum. D'aquesta manera, les entitats i empreses podrien gaudir d'un segell de qualitat i quedaria en mans dels consumidors sotmetre's o no a l'arbitratge.

La Generalitat ha de promoure que en la contractació administrativa i en la gestió de serveis en règim de concessió per part d'empreses privades, s'inclouï en els plecs de condicions l'arbitratge de consum.

5.17 Les **administracions públiques**, en l'àmbit de les seves respectives competències, han de considerar l'adhesió a l'arbitratge de consum com a mèrit objectiu en la valoració de premis a la qualitat que tinguin establerts o puguin crear. L'adhesió a la l'arbitratge de consum s'ha de tenir en compte en l'atorgament d'ajuts i subvencions per part de les administracions públiques a aquelles empreses i establiments que ofereixin béns o serveis a les persones consumidores i usuàries.

El distintiu que acredita l'adhesió a l'arbitratge de consum s'ha de considerar com a distintiu de qualitat. Els empresaris o empresàries adherits/des al sistema arbitral de consum haurien d'informar de forma pública a les persones consumidores de la seva adhesió a l'arbitratge mitjançant aquest distintiu.

Les administracions públiques han de promoure una política d'incentius de l'arbitratge de consum, mitjançant ajuts i signes de qualitat i de reconeixement de les empreses que s'hi sotmeten.

6. POSSIBLES MILLORES EN RELACIÓ A LA DEFINICIÓ DE LES COMPETÈNCIES DECISÒRIES:

Superades les possibilitats d'autocomposició i de dissuasió, el jutge ha de decidir. En relació a l'àmbit de la competència decisòria, és possible introduir encara algunes millores per a facilitar la desjudicialització, en la mesura en que resti millor definit el model de justícia i l'estructura dels tribunals, tot adaptant-la a les necessitats.

Fixats els graus de proximitat de la justícia al ciutadà, emmarcada l'organització judicial com part del conjunt de serveis públics i millorada la distribució competencial interna, els operadors jurídics i els ciutadans poden valorar amb més coneixement de causa si els interessa o no el litigi.

6.1 Els poders públics, dividits en una pluralitat de centres de decisió (Ministerio, Consejo, Departament, etc.) i portats a cops per una errònia concepció de la independència judicial (entesa com una "no interferència" en la definició de l'estructura del servei judicial), no han definit suficientment ni han tancat encara el **model de justícia** i el sistema de justícia que es vol.

La justícia pateix, des de fa dècades, d'una sobrecàrrega de feina i de clares deficiències estructurals, però no hi ha estudis de necessitats enfront de càlculs d'oportunitat, ni estudis d'impacte i la planta i els àmbits jurisdiccionals s'amplien constantment per

impuls de reformes legislatives substantives o processals i no d'estudis estructurals. No s'han fixat les funcions netament jurisdiccionals (el nucli "dur" de l'article 117 CE) respecte a la funció de gestió, la funció de fixació jurídica, la funció de documentació o la funció executora, ni els àmbits d'exclusió de la jurisdicció.

La Comissió troba també com a causes de la excessiva judicialització de la vida social la falta d'un model de justícia i la definició insuficient de les polítiques judicials estructurals i, per tant, considera que el primer pas per a la millora de les competències decisòries ha de ser de caràcter estratègic o polític: avaluar les necessitats reals, definir els àmbits no jurisdiccionals del conflicte, estructurar i dimensionar la planta de forma adequada i fixar les càrregues de treball suportables.

6.2 Vivim una **excessiva tendència a la judicialització** dels conflictes com a via preferent o exclusiva. En l'àmbit civil i mercantil, les polítiques públiques vigents en matèria de justícia (en temes com l'orientació jurídica i la justícia gratuïta) i la política legislativa actual creen expectatives falses sobre la solució jurídica de conflictes d'interessos, que no sempre tenen transcendència jurídica i inciten i afavoreixen la judicialització dels conflictes respecte a altres solucions, com la auto-composició preventiva, la negociació o la transacció.

És necessari recuperar la vella autonomia de la voluntat i l'autocomposició (que els conflictes civils es resolguin amb medis civils). Cal un estudi d'impacte de la tasca jurisdiccional que permeti avaluar la real utilitat i eficàcia dels litigis i evitar una mecànica de legislació sota influència mediàtica o de finalitat simbòlica i sense memòria econòmica que en prevegi l'impacte.

6.3 El primer contacte del ciutadà no discrimina, en cap ordre jurisdiccional, cap **grau de proximitat de la justícia** i això implica una dificultat, perquè es tracten igual conflictes que són diferents i mereixen solucions diferents. L'abordatge jurisdiccional no pot ser igual en un conflicte encara no prou definit que en un altre en el que els termes de la contradicció són clars, en un conflicte de convivència entre els veïns d'una escala que per a resoldre una reclamació per competència deslleial entre empreses, en un tema purament fàctic que en un altre de complexa interpretació jurídica, en un conflicte d'arrel emocional que en un altre de fonament ideològic.

S'ha d'aprofundir, a l'igual que es diferencia el procediment en raó de la matèria o de la quantia (ordinari, verbal), en la diferent naturalesa de les pretensions dels que busquen justícia: la resposta es pot adaptar, en senzillesa, a la litigiositat de baixa intensitat, excloure els conflictes meta-jurídics, reformular les regles *de minimis*.

Concretament, pel que fa a la justícia de proximitat, el Consell General del Poder Judicial, en el seu "Plan de modernización de la Justicia" de 2009 recolza, com a mecanisme de desjudicialització, la creació de "órganos específicos para la resolución de conflictos menores".

S'ha de configurar un sistema de resolució dels conflictes quotidians dels ciutadans que ofereixi una solució àgil, comprensible i econòmica. Aquest sistema ha de prioritzar la mediació, el diàleg i la conciliació de postures com a estratègia en la resolució de conflictes, de forma que els aspectes més propis de la jurisdicció ordinària tradicional resultin supletoris a l'hora d'aplicar solucions. Els propis protagonistes del conflicte

han de ser corresponsables en la cerca de les vies d'aproximació de llurs postures. L'estructura judicial s'ha d'adaptar als diferents conflictes, tot potenciant una justícia de proximitat.

6.4 El dret comparat apunta en aquesta direcció, com en França (amb les “maisons de droit”) o Alemanya (amb els serveis socials jurídics primaris). El nou sistema s'ha d'establir sobre la base de **l'oferiment integrat dels diferents serveis** de resolució alternativa de conflictes (orientació i assessorament, mediació, conciliació, arbitratge de consum, etc.), que s'han d'estructurar de forma coordinada i conjunta entre totes les administracions que els ofereixen, fonamentalment l'administració local.

Aquests serveis s'han de prestar amb la participació d'equips de treball pluridisciplinats. En aquells municipis que sigui possible, el sistema ha d'integrar la justícia de pau i ha de permetre la derivació de casos des dels tribunals.

Amb independència que el sistema pugui ajudar a resoldre els problemes d'acumulació de reclamacions judicials davant la justícia ordinària, la finalitat prioritària ha de ser la d'implantar un sistema que solucioni entre ciutadans d'una manera diferent els conflictes quina naturalesa ho permeti.

La justícia de proximitat ha d'incloure com a última *ratio*, la funció decisòria, a càrrec d'un jutge, que pot ser de pau, en els limitats paràmetres d'un conflicte en el que el component jurídic no és l'essencial.

La Comissió aposta per una justícia de proximitat basada en l'oferiment integrat dels diferents serveis de solució de conflictes, inclosa la funció decisòria, estructurat de forma coordinada i conjunta entre totes les administracions.

6.5 El progressiu desenvolupament de nous ordres jurisdiccionals i especialitzacions (VIDO, mercantil, família) busca i no sempre troba una adaptació estructural de proximitat i una simplificació de la tramitació a través d'atribucions universals de competència (penal i civil, civil i laboral, personal i patrimonial, respectivament). En sentit contrari, la divisió dels jutjats, a nivell de partits, amb exclusivitat en **matèria civil o penal** atribueix a jutges diferents els diferents aspectes (civils, criminals) de l'estudi i resolució dels casos. Sovint hi ha duplicitat de tractament (delicte de tràfic i responsabilitat civil per accident de circulació, delicte contra la seguretat en el treball i petició d'indemnitzacions laborals o civils, etc.) i conflictes de jurisdicció i de competència. Per altra banda, de la clàssica “querella catalana” podríem arribar a un abús de les actuacions penals per violència domèstica que puguin buscar una postura avantatjada en la solució de la crisi familiar.

Cal un estudi detallat del increment de la litigiositat a causa de la divisió funcional en ordres jurisdiccionals i òrgans especialitzats. En el concret sector de confluència del penal i el civil, cal evitar l'ús espuri de la jurisdicció penal, com a forma d'alentiment de la solució dels conflictes i de tractament duplicat dels casos. El fet de que el jutge de violència domèstica pugui atorgar mesures provisionals de separació incentiva, indegudament, l'ús de la via penal.

6.6 La pràctica judicial del **procés monitori** és protectora del deutor, fins i tot quan no dona raons en el termini de 20 dies. En aquest tràmit, no es preceptiva la designa de

professionals de justícia gratuïta. En cas de que no es plantegin raons pel deutor, es tanca el procés monitori per interlocutòria, que sovint es notifica al deutor sense estar previst legalment, obrint la via de l'apel·lació i de la petició de justícia gratuïta. En altres cas, s'exigeix al creditor una formulació de demanda executiva que la llei no demana (de fet, la Llei 1/2009 ha aclarit que és suficient amb una "mera sol·licitud") i sovint es practiquen notificacions al deutor no previstes a la llei.

Propugnem una interpretació simplificada de l'article 816 LEC que faci possible de forma eficaç la protecció del crèdit, sense reclamar una demanda executiva (sense perjudici del necessari control judicial), ni l'aplicació del termini previst a l'article 548 LEC. Cal una interpretació favorable a l'extensió de la cosa jutjada material al deutor que no presenta raons, ni s'oposa en el termini legal.

6.7 S'ha d'assegurar, per contra, el control judicial en el **procés monitori europeu**. Aquest és un procés establert en el Reglament 1896/2006 CEE, és un procés executiu de matriu germànica (monitori pur, no documental) que s'ha d'aplicar a Espanya sense interferències amb l'estructura del nostre monitori. La remissió supletòria als arts. 812 i ss. LEC (D.F. 23^a, 14) no s'avé amb el *acquis communautaire* i serà font de conflictes. Pot entrar en col·lisió amb la remissió del Reglament als processos interns ordinaris per al tràmit de declaratiu ordinari, quan s'oposen raons i amb les previsions de l'art. 17.2. L'exigència de la forma de interlocutòria (D.F. 23^a, 5 i 6) xoca amb l'última reforma processal que atribueix aquestes competències als secretaris i secretàries judicials, en forma de decret.

En la regulació del monitori europeu, la remissió al tràmit de rescissió de sentències dictades en rebel·lia (art. 501 i ss. LEC) és la única solució viable per a garantir la tutela judicial efectiva, pel cas que el despatx del monitori s'atribueixi al secretari o secretària judicial. En l'execució d'un títol executiu europeu se n'ha de garantir també el control judicial.

6.8 La Llei 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, va modificar l'article 80 de la Llei 37/1992, de 28 de desembre, de l'Impost sobre el Valor Afegit (IVA), permetent la reducció de la base imposable en el cas de crèdits de manera total o parcialment incobrables, sense que existeixi un expedient de suspensió de pagaments o fallida, essent requisit *sine qua non* per a la seva recuperació, que el subjecte passiu hagi instat el seu cobrament mitjançant reclamació judicial al deutor.

Els apartats 4 i 5 de l'article 80 de la Llei d'IVA, han estat modificats recentment a través de la Llei 4/2008 de 23 de desembre 2008, regulant, també la tramitació de la recuperació de l'IVA en els supòsits de factures amb pagament ajornat.

L'article 80 de la Llei de l'IVA regula la possibilitat de recuperar l'IVA de les factures impagades, però estableix dos requisits per a la seva obtenció, un l'espera d'un termini inicial d'un any i un altre, la seva reclamació judicial dins del termini dels tres mesos següents.

L'Agència Tributària permet complir el requeriment de la reclamació judicial a través de la presentació d'una demanda de conciliació, el que està provocant l'ús espuri d'aquest instrument processal per part d'algunes companyies.

És incomprendible que s'exigeixi la interposició d'una demanda judicial, per justificar la

devolució de l'IVA (amb la reforma les reclamacions en els supòsits de pagament ajornat seran d'ínfima quantia), amb els costos que això comporta per a la pròpia Administració de Justícia, obligant al subjecte passiu a acudir a la via judicial per a recuperar l'IVA, quan en molts supòsits i degut a la total insolvència del deutor no interposaria un plet.

Com altre exemple, hem constatat que en certes èpoques s'han instat actuacions judicials per a tenir accés per tenir accés a informació privilegiada (al padró d'habitants per a conèixer els ocupants d'una finca, a l'Administració tributària, per a saber dades fiscals del demandat, etc.).

Es proposa que es substitueixi la reclamació judicial com a requisit per a recuperar l'IVA, per una reclamació extrajudicial que consti de forma fefaent, mitjançant carta remesa a través de burofax o per via notarial. Propugnem el rebuig de les demandes i de les peticions de prova que tenen per finalitat altra que la purament jurisdiccional.

6.9 Dintre de l'àmbit decisor, l'**arbitratge privat** té poc predicament entre els particulars, potser pel seu cost, i no ha experimentat progressos destacables en la resolució dels conflictes entre empreses (llevat d'alguns arbitratges institucionals, especialment en l'àmbit internacional). Estructuralment, es presenten com a dificultats per a la seva expansió el seu caràcter voluntari, la dependència de la jurisdicció estatal per a la adopció de mesures provisionals i per a l'execució del laude, la exigent jurisprudència, en algunes Audiències Provincials, sobre la validesa del laude amb una interpretació molt generosa de les causes de nul·litat, i la manca d'àrbitres estables i prestigiosos, coneguts pels contendents i que els generin confiança.

L'arbitratge privat té un prestigi en Dret internacional que no es correspon amb el seu escàs impacte en el Dret intern. Cal una reforma decidida de la llei d'arbitratge, amb l'aplicació de l'arbitratge d'equitat per persona de mútua confiança dels implicats i la professionalització d'un "col·legi d'àrbitres".

7. MESURES D'AUXILI I COL·LABORACIÓ PER A L'EXERCICI DE LA JURISDICCIO

En torn de la funció decisòria hi ha un seguit de competències que no es corresponen pròpiament amb la facultat de jutjar, sinó amb el que els anglosaxons anomenen la *litigation support*. L'activitat "instructora" en la oficina judicial, la prevenció i preparació dels processos d'incapacitació, la preconstitució de la prova o la preparació del judici monitori en són exemples i poden estar en mans alienes al jutge.

Tanmateix, el jutge no té que decidir, necessàriament, sobre les incidències d'execució de les seves resolucions quan no hi ha conflicte (esbrinament de domicili i patrimoni, concurrència d'execucions, exercici de la tutela).

Tots els particulars i les institucions i, en particular, els secretaris i els procuradors, estan cridats a col·laborar (art. 118 CE).

7.1 La publicació en el BOE de la Llei 13/2009, de 3 de novembre, de la reforma de la legislació processal per a la implementació de la nova oficina judicial, i de la Llei Orgànica 1/2009, de 3 de novembre, complementària de la Llei de reforma de la legislació processal per a la implantació de la nova oficina judicial, ha introduït notables novetats en la tramitació dels procediments judicials, que han de comportar una “desjudicialització” dels conflictes, en la mesura en que **passen al secretari o secretària judicial un conjunt important de competències** que fins ara ostentava el jutge, essencialment d’ordenació i documentació, però també d’auxili.

Segons el sentit de la reforma, el jutge no serà ja el responsable de la tramitació dels plets i es centrarà només en la funció decisòria respecte als que se li entreguin pels responsables dels serveis comuns o per la unitat processal de suport directe.

La reforma de la oficina judicial pot ser un important instrument de “desjudicialització”, entesa com la incorporació d’un nou professional (el secretari o secretària judicial) a feines que fins ara eren competència dels jutges. És imprescindible salvar les competències indelegables del jutge i la definició clara de les fronteres entre “direcció” i “inspecció” dels “assumptes” (competència del jutge) i “direcció” i “inspecció” dels “serveis” (competència del secretari judicial).

7.2 **En concret**, la llei atribueix ara al secretari la important funció de direcció general i d’impuls del procés, li atorga competències exclusives per a diverses qualificacions tècnica – jurídiques (admissió a tràmit de la demanda, control dels pressupostos processals de jurisdicció i competència, declaració de rebel·lia, acumulació d’accions, determinació de la classe de judici, suspensió del procés àdhuc per prejudicialitat penal, resolucions sobre terminació del procés, execució, aprovació de la taxació de costes, actes de conciliació, control dels requisits per a apel·lar i la seva subsanació, fixació de la indemnització dels pèrits, homologació de les transaccions judicials, resolució del llavament de mesures cautelars, declaració de fermesa de resolucions judicials, declaració de caducitat, correcció disciplinària de conductes processals, tràmit i resolució de la reconstrucció d’actuacions, etc.).

Els pressupostos processals (jurisdicció i competència) poden ser controlats d’ofici pel tribunal en qualsevol moment i per les parts a través de la declinatòria.

El desenvolupament d’aquestes competències pot significar una descàrrega important del volum de treball dels jutges i magistrats, però provocarà noves situacions problemàtiques que poden revertir en més tasca dels jutges. És important la redacció i generalització de protocols d’actuació per a la unificació de criteris.

7.3. Les **oficines d’assenyalament immediat**, es creen i regulen en els apartats 2 i 3 de la Disposició Addicional 5^a de la LEC, per a la tramitació dels judicis verbals seguits per raó de la quantia, els desnonaments, les mesures cautelars de protecció de menors, les mesures provisionals matrimonials i la separació i divorci de mutu acord. Les Lleis 1/2009 i 19/2009 n’amplien les seves competències.

La previsió de judicis d’assenyalament immediat s’hauria d’haver estès a tot tipus de procés considerat de tramitació preferent en la LEC i, per tant, als judicis verbals de protecció sumària de la possessió i al dret de rectificació. També s’hauria d’aplicar a les sol·licituds de prova anticipada i a l’assegurament de la prova.

7.4 Quan a l'**execució de sentències**, si les resolucions judicials fermes són *per se* executives, només cal l' "executòria" per a complir-les, com a suport documental públic i solemne en que es consigna la sentència ferma i que recull la obligació de tots els poders públics i dels particulars de complir-la (art. 245.4 LOPJ).

És clara la distribució de funcions introduïda en la reforma (art. 551) entre el jutge de l'execució, que dicta una "orden general de ejecución" i el secretari judicial, que concreta les mesures executives i dur a terme l'execució⁵. El tribunal intervé en la oposició a l'execució i en les terceries. El secretari s'encarrega dels llançaments, amb un exquisit respecte de les competències del tribunal sobre els eventuals drets de tercers ocupants (art. 675 2 i 3 LEC); aprova els comptes de l'administració, però respecta les competències del tribunal per a resoldre les altres controvèrsies (art. 678 i 679); s'encarrega de l'entrega de cosa moble certa i determinada, però insta al tribunal l'ús de la força pública (art. 701); realitza les condemnes de fer i no fer (art. 705 i 706), però és el tribunal qui declara emesa una declaració de voluntat (art. 708); tramita l'incident de fixació de danys i perjudicis, però reserva al tribunal la oposició; divideix les herències, però respecta la competència del tribunal per a resoldre la oposició (art. 787 LEC).

En execució de sentències, és possible una delegació executiva en el secretari judicial, si es fa compatible amb la obligació del jutge de "fer executar allò que ha estat jutjat" com a part de la tutela efectiva i amb la garantia jurisdiccional última del dret a l'execució de les sentències. Cal que persisteixi el control judicial i anar precisant l'àmbit de la "mera execució" respecte als actes de transcendència jurisdiccional. Defensem, en aquest sentit, una interpretació acurada dels nous articles 562 i 563 LEC. L'execució provisional és un mecanisme adequat per a l'efectivitat de les sentències.

7.5 Sense renunciar al principi d'immediació, s'han de potenciar els instruments de **prova preconstituïda** (pericial "documentada", documental prèvia), a la forma anglosaxona, de manera que la pràctica de prova dintre del procés s'entengui com eventual i no sempre necessària. La **pràctica anticipada de prova** (art. 293 LEC) s'ha d'entendre com a mecanisme d'evitació del procés, tal com passa en altres ordenaments (la *consulenza tecnica preventiva* o l'*expertise préalable*) sense substituir la obligació de les parts de buscar el material probatori.

Entenem que, en el procés civil actual, l'article 265 LEC presenta un quadre favorable a la obtenció de les proves abans del procés, el que ha de reduir la pràctica de prova intra-processal. Cal reclamar a les parts que recopilin les proves abans del plet i potenciar la pràctica anticipada de la prova com a mecanisme per a evitar-lo o simplificar-lo, sense oblidar que la càrrega d'obtenir el material probatori és de les parts i no del jutjat.

⁵ En concret, el secretari judicial controla la oferta de mesures alternatives o de la caució en la oposició a l'execució provisional, resol la acumulació de execucions i la suspensió per prejudicialitat penal, fa el judici de pertinència dels bens embargats com del executat, porta a terme la interrogació de bens, determina l'execució a través d'entitat especialitzada, estableix dipòsits i nomena depositaris, acorda el re-embargament i les seves garanties en la via de constrenyiment, nomena el pèrit taxador, acorda la venda autoritzada o la subhasta, aprova la rematada i dicta el decret d'adjudicació o el d'insolvència.

7.6 El Consell General del Poder Judicial, en el seu “Plan de modernización de la justicia” de 2009, promou com a reforma per a la reducció de la litigiositat, la “ampliació del **procediment monitori**”. Els Presidents dels Tribunals Superiors de Justícia, en la seva reunió de novembre de 2009, proposen que els notaris puguin tramitar el requeriment de pagament i que el **judici de desnonament** es tramiti com a monitori.

La recent reforma processal ha augmentat la quantia del monitori a 250.000 euros i estableix que si no es donen raons, en el moment de practicar el requeriment, el secretari o secretària ha de dictar decret i dona trasllat al creditor per a que demani l’execució (sense necessitat de demanda executiva, ni d’ordre general d’execució).

Si es salva el control jurisdiccional, es podria derivar la fase inicial del procés monitori als notaris, amb les degudes precaucions i salvant el control jurisdiccional del drets fonamentals (propietat, inviolabilitat de domicili, etc.).

En el processos de desnonament per manca de pagament de la renda o per expiració del termini contractual o legal, no ha de ser necessària la celebració de judici, en quan la oposició només es presenta en un 10% dels casos.

Ha de ser possible, com a mecanisme d’auxili judicial, l’alternativa d’assignació de les competències inicials en el procés monitori passant dels secretaris judicials als notaris, com proposen els Presidents del Tribunals Superiors de Justícia. Veiem possible l’aplicació als judicis de desnonaments de la tècnica monitoria, amb desplaçament al deutor del contradictori, però amb un control rigorós del requeriment practicat a l’inquilí. Donades raons, l’arrendador només podria presentar el procés declaratiu corresponent. Si no hi ha oposició, se n’ha d’assegurar la supervisió judicial de l’execució, per l’especial afectació de la inviolabilitat del domicili, com a dret constitucional.

7.7 Pel que fa als **esbrinaments sobre el domicili i el patrimoni**, és possible una major presència i intervenció dels procuradors. Disposa l’article 156 LEC que quan el demandant manifesti que li és impossible designar un domicili o residència del demandat, a efectes de la seva personació, s’utilitzaran pel secretari judicial els medis oportuns per a esbrinar aquestes circumstàncies, podent dirigir-se als registres, organismes, col·legis professionals, entitats i empreses a que es refereix l’apartat 3 de l’article 155. Seria prou que el procurador acredités el poder amb què actua per a que dintre dels límits de l’assumpte en el que intervé pogués accedir a aquesta informació, expressament autoritzat per resolució processal del secretari o secretària.

En matèria de notificació i trasllats el TJUE ha declarat que no és preceptiu que els dugui a terme un òrgan judicial (STJUE 25 de juny de 2009, C-14/2008, en una qüestió prejudicial plantejada en interpretació del Reglament 1348/2000).

Quan l’esbrinament de domicili i patrimoni es dirigeixi a registres i organismes públics (INE per a domicili, TGSS per a domicili laboral i altres institucions), el procurador hauria d’estar facultat per a accedir a aquestes consultes, en consonància amb el que estableix la llei, en seu d’execució, per a la investigació patrimonial (art. 590 LEC), perquè l’executant pot obtenir-los per ell mateix, o a través del seu procurador, degudament facultat a l’efecte pel seu poderdant.

Els procuradors podrien ser autoritzats progressivament, per a accedir a aquests esbrinaments a través del Punt Neutre Judicial (PNJ), previ un conveni entre el Ministeri de Justícia i els Col·legis de Procuradors en el que es comprometessin a

respectar els termes de la Circular 6/2009 de la SGAJ, sobre acords adoptats en relació amb les consultes realitzades a través del PNJ. Seria possible inclús l'accés controlat a l'esbrinament patrimonial, tot establint en el propi conveni amb rigor i precisió els límits i responsabilitats.

7.8 Referent a les **multes**, la seva imposició en el procés civil compleix una funció, si bé suposa una càrrega per al procediment arribar a fer-les efectives, especialment en el procés d'execució, on, difícil arribar a la satisfacció del creditor, la imposició de una multa trastorna el millor fi de l'execució. L'execució per multes no n'ha de perjudicar el dret preferent de l'executant.

Tanmateix, s'haurien d'**unificar les execucions** per via administrativa i judicial contra el mateix deutor, a través de la seva acumulació.

Proposem que un cop acordada la multa processal s'expedeixi certificació i es remeti a Hisenda Pública o a un Organisme recaptador que s'encarregui de fer-la efectiva i ingressar-la en el Tresor Públic. També s'hauria de buscar la forma d'unificar les execucions paral·leles de l'Administració i de la Jurisdicció contra un mateix deutor.

7.9 En els **procediments d'incapacitació**, ha de ser possible destriar els casos en què es fa necessària la interposició de la demanda d'aquells en els quals la protecció de la persona es pot obtenir a través d'altres recursos (mèdics, familiars, socials). En aquesta fase ha de ser possible una solució que eviti el procediment judicial, amb tot el component de penositat que comporta, sobre tot per a la persona suposadament incapaç, però també per als seus familiars i persones properes. Respecte al nomenament de tutor, quan són diversos els familiars que poden ser cridats (en el sentit legal del terme) a l'exercici de la tutela, saber prèviament qui està en millors condicions per exercir-la pot descarregar el procediment posterior d'una fase que en moltes ocasions esdevé font de conflictes.

La Comissió es mostra partidària de, abans d'iniciar un procés d'incapacitació, establir criteris clínics i psicosocials de valoració de les incapacitats ("cribatge"), fruit del treball conjunt entre els serveis socials, els sanitaris, els òrgans judicials i les entitats tutelars, criteris que orientin la idoneïtat de la proposta d'incapacitació. També advoca per identificar, abans del procés, la persona més idònia per a exercir el càrrec tutelar.

7.10 En l'àmbit de la tutela, l'existència de sistemes alternatius de solució de conflictes pot ser de gran utilitat, de cara a resoldre les discrepàncies que es poden donar entre el tutor i els parents del tutelat (tant si la tutela l'exerceix un altre parent, una persona aliena a la família o una entitat sense ànim de lucre), entre els mateixos parents que no exerceixen la tutela, o, casos menys sovintejats, entre l'incapaç i el tutor o entre l'incapaç i els seus parents. Aquests conflictes es poden donar en tots els àmbits de **l'exercici de la tutela**: règim de visites, acompanyaments diversos (al metge, a llocs d'oci), alienació de béns quan esdevé necessària, rendició de comptes, internaments hospitalaris o residencials, etc. i, indefectiblement, tenen el jutjat com a destinatari i com a "solucionador" del problema i, en general, el jutge intervé massa sovint en problemàtiques que no comporten un conflicte d'abast jurisdiccional.

Proposem una interpretació de les previsions sobre exercici de la tutela que afavoreixi la solució no judicialitzada de les incidències que sorgeixen respecte a decisions personals i patrimonials de l'incapacitat. L'Administració pública, a través dels serveis socials, hauria de facilitar formats i models d'utilitat i disposar d'un servei d'informació i assessorament a les famílies. A través de la mediació es poden també evitar aquestes disputes i descarregar els jutjats de tasques de fixació i documentació jurídica.

8. LA DESJUDICIALITZACIÓ DE LES FUNCIONS DE FIXACIÓ JURÍDICA:

El jutge, per a decidir, ha de fixar els “fets provats”, en un exercici intel·lectual de valoració de les proves, però no de configuració jurídica de fets. Els fets existeixen abans de la seva valoració en via judicial i no correspon pròpiament al jutge fixar o concretar fets de significació jurídica, ni tan sols si han existit, sinó només constatar si han estat provats o no.

Al servei de la seguretat jurídica, aquesta funció s'exerceix fonamentalment amb la documentació, pública o privada. Constatar determinats fets, quan es busca la fixació jurídica, sense cap conflicte manifest, és funció dels particulars, que poden fer servir la institució notarial, la inscripció registral constitutiva, els arxius administratius o altres mitjans.

8.1 La pràctica forense mostra l'existència de determinats procediments que no contenen elements de litigiositat. És el cas del procediment d'**acceptació o repudiació de l'herència** (*interrogatio in iure*) en el que no acostuma a haver conflicte. Per a constatar la voluntat de l'hereu és suficient amb fer-li un requeriment i donar-li un termini per a manifestar si accepta o repudia l'herència. Només es justifica la presentació de la sol·licitud davant el jutjat en el cas de que intervinguin menors o incapacitats, que han de ser representats pel ministeri fiscal o per un defensor judicial. Es podria resoldre per via notarial la *interrogatio in iure* (art. 28 del Codi de Successions) amb intervenció i assessorament d'advocat, si s'escau, i davant de notari competent en raó del domicili del requerit.

També passa una cosa semblant amb la pèrdua de la lletra de canvi (art. 85 LCCh).

Proposem que els requeriment per a acceptació o repudiació de l'herència i l'expedient per pèrdua de lletra de canvi, com a procediments de fixació jurídica, es puguin tramitar per via notarial.

8.2 Les actes de notorietat de **declaració d'hereus ab intestato** s'haurien d'estendre als hereus col·laterals i a la Generalitat, tot i la seva major complexitat (doncs no és suficient el simple llibre de família del difunt, sinó acreditar noves incidències econòmiques i fiscals). Pressuposada la manca de contencions, seria possible la solució notarial, amb la intervenció d'un lletrat, si s'escau, en defensa dels interessats.

La Comissió proposa que se estengui la declaració notarial d'hereus ab intestato als col·laterals i a la respectiva Comunitat Autònoma, de no existir parents dintre del quart grau, amb assistència lletrada si s'escau, al menys d'un mateix advocat per a tots els interessats.

8.3 A cops, són necessàries la **delimitació i fitació de finques** i les **rectificacions de cabuda**, fins i tot en pisos en règim de propietat horitzontal (quan la quota no es correspon amb la superfície real o quan essent idèntics els pisos es van inscriure menys metres). La coordinació amb el cadastre ha de fer possible la rectificació a través d'acta notarial que acrediti els fets, amb la incorporació de certificat de pèrit o tècnic, la compareixença dels propietaris de les finques veïnes, la certificació del president de la junta de propietaris, l'autorització municipal o altra documentació pertinent.

La Comissió proposa que a través del acta notarial de presència i protocol·lització de certificats cadastrals, declaracions o documents o informes de tècnics competents es puguin practicar delimitacions i fitacions de finques i rectificacions de cabuda àdhuc de finques en règim de propietat horitzontal sense necessitat d'aprovació judicial, per no afectar a tercers.

8.4. Hi ha actuacions pròpies dels auditors de comptes i membres de professions comptables (economistes, MBA, etc.) que participen de la naturalesa d'actes de fixació de fets. En altra àmbit, el notari podria fer acta de les **junes de societats** (anònima, limitada, cooperativa, associacions, fundacions) i a aquests efectes podria fer la convocatòria.

Es proposa que sigui d'exclusiva competència notarial la convocatòria de tota mena de juntes (anònimes, limitades, cooperatives, associacions, fundacions, etc.) quan junt a la convocatòria es vulgui que es faci acta notarial de la junta i que es delegui en professionals competents les actuacions de fixació econòmica de l'estat contable de les societats (auditories) amb plena validesa.

8.5 Hauria de ser possible el **nomenament de pèrits o liquidadors** de societats o associacions sense necessitat d'intervenció judicial i aquest nomenament podria ser atribuït als col·legis professionals.

Igualment, els registradors mercantils podrien, en absència de controvèrsia, descarregar de treball als jutjats mercantils en el nomenament de **co-administradors** de companyies mercantils, la designació de liquidadors segons la llei de societats de responsabilitat limitada, el nomenament d'**auditors**, la convocatòria de juntes i assemblees i la designació del seu president, **venda i amortització** d'accions i participacions d'auto-cartera o **exhibició** de llibres i suports comptables.

Per a la liquidació ordenada de persones jurídiques pot ser suficient la designa de professionals per part del respectiu col·legi, sense necessitat d'expedient concursal. Igualment, els registradors mercantils podrien nomenar càrrecs societaris (co-administradors, liquidadors, auditors) i proveir a l'assenyalament de juntes i assemblees i a l'alienació d'accions i participacions i exhibició de llibres.

8.6 Les **diligències preliminars** tenen una finalitat de fixació jurídica i són cada cop més freqüents, especialment la d'exhibició de documents. Impliquen la incoació de un procediment que, de decidir-se la seva admissió suposa fixar una caució que s'ha de fer efectiva dintre dels tres dies següents de la interlocutòria que les concedeix. Si no es presta la caució en temps s'arxivien les actuacions. Prestada la caució i practicades les diligències preliminars la caució prestada es perd si transcorregut un mes des de la terminació de les diligències no s'interposa la corresponent demanda. En la pràctica és freqüent que les diligències preliminars s'arxivin per manca de caució o que es perdi perquè no s'interposa procediment judicial.

Proposem una selecció de supòsits dels recollits en el art. 256 LEC que pugui desplaçar-se a l'àmbit notarial, de manera que només quan hi hagi oposició o negativa a la pràctica de les diligències preliminars es pogués arribar a la via judicial, quan no estiguin en joc drets fonamentals.

8.7 La situació **d'insolvència del consumidor**, persona física, mereix un tractament nou, en la mesura que ve propiciat d'un sobre- endeutament per assumptió de deutes de forma incontrolada (sobre- endeutament actiu) i per la incapacitat sobrevinguda de fer front als crèdits per causes imprevistes sobrevingudes (sobre – endeutament passiu). El nostre país no té una legislació preventiva o resolutiva de l'endeutament del consumidor i la llei concursal no contempla aquestes situacions. El dret comparat ofereix solucions com el *fresh start* anglosaxó o la condonació del deute alemany (*resteschuldbefreiung*), quan el deutor no ha incorregut en conducta desordenada. En aquest sentit, cal tenir en compte les competències de les comunitats autònomes en matèria de consum.

Proposem una reforma legislativa que reguli un procés extrajudicial (i, en el seu cas, judicial), per al consumidor persona física en situació d'insolvència, que eviti les conseqüències de l'article 1911 del Codi civil estatal, en els casos de sobre endeutament del consumidor, aplicable només als deutors de bona fe.

9. L'ATRIBUCIÓ DE FUNCIONS DE PUBLICITACIÓ I SEGURETAT JURÍDICA:

Les sentències produeixen seguretat jurídica, més en les relacions interpersonals que amb caràcter general, com a efecte indirecte o reflex. Són un instrument de la seguretat jurídica, però no correspon al jutge, ni és propi de la funció decisòria, vetllar per dita seguretat jurídica. El procés no deixa de reflectir una patologia, una mostra d'inseguretat jurídica que es resol amb la sentència, de forma que les institucions naturals que garanteixen la informació i la publicitat dels fets jurídics més significatius, els actes i els contractes són els registres públics.

La informació de les transaccions, especialment les immobiliàries, la publicitat dels actes i els contractes per tal de garantir els drets de tercers formen part de funció de publicitat en l'ordenament jurídic.

Per altra banda, els actes de l'anomenada "jurisdicció voluntària" busquen l'acreditació de determinats fets tot cercant seguretat jurídica, però no són pròpiament actes de

“jurisdicció”. Tot i que alguns procediments regulats al Llibre III de la LEC de 1881 eren, realment, procediments contenciosos, feta la depuració és clar que el jutge desenvolupa en molts actes de “intervenció” voluntària funcions no decisòries d’un conflicte, sinó de publicitat, de fixació jurídica o per a la seguretat jurídica.

9.1 Les funcions del Registre civil són, fonamentalment, de publicitat i de seguretat jurídica (inscripcions de naixement, matrimoni, tuteles i defuncions). És cert que els encarregats del Registre qualifiquen documents, celebren matrimonis i asseguruen la seva legalitat i fan altres funcions no purament de publicitat. Però la funció bàsica de la institució és la publicitat i no la resolució de conflictes i per a desenvolupar-la no cal que aquests òrgans estiguessin servits pels jutges.

La Comissió es mostra partidària de descarregar als membres de la carrera judicial de les tasques pròpies del Registre civil.

9.2 És absolutament necessària i urgent la promulgació de la **nova llei de “jurisdicció voluntària”** (millor: “intervenció” voluntària). La regulació de la vella LEC incloïa en el seu Llibre III actes i procediments de diversa naturalesa però, depurats i apartats els processos realment contenciosos, la “jurisdicció voluntària” no es pot considerar “jurisdiccional”, en el sentit de que les actuacions descrites a la vella llei i aquestes intervencions dels jutges no es fan per a la resolució d’un conflicte, d’un contradictori, sinó per a la fixació de fets jurídics.

En puritat, l’expressió “jurisdicció voluntària” inclou termes contradictoris i seria preferible parlar de “intervenció voluntària” del jutge en aquests tipus d’actuacions, el que facilita el desplaçament d’aquestes competències a altres professionals. L’acta notarial de notorietat, com a mecanisme de fixació de fets que no impliquin un interès públic, pot ser l’ instrument més adequat per a fixar “voluntàriament” determinades situacions fàcticament indefinides.

Es podrien incloure en aquest camp les informacions de perpètua memòria, l’ús efectiu i notori del nom comercial, el testimoni notarial del llibre de família, el dipòsit i reconeixement d’efectes mercantils, la pèrdua, subtracció o destrucció de lletres de canvi, pagarés o xecs, la justificació i liquidació d’averies, l’abandonament de mercaderies, el préstec a la grossa, la reparació de la nau , etc.

Proposem simplificar i homogeneïtzar la tramitació notarial, amb una regulació més dúctil del procediment notarial de “jurisdicció” voluntària (“intervenció voluntària”), consolidant la legislació i la praxis notarial ja existent amb possibilitat d’incloure en el futur noves realitats i que el propi notari pugui exigir més documents públics o privats, informes tècnics o declaracions de testimonis que els aportats, abans de declarar o constatar els fets.

9.3 La tramitació i la inscripció dels expedients de domini (per dubtes d’identificació de la finca, immatriculació o excés de cabuda o expedient per a la reanudació del tracte successiu), expedient d’alliberament de gravàmens, inscripció de drets reals sobre finques no inscrites, nota marginal de doble immatriculació i pròrroga d’anotació preventiva per defecte subsanable, contenen aspectes notariais i registrals que, cara a la

publicació de la nova llei de “jurisdicció” voluntària (“intervenció” voluntària) han de quedar resoltes, tot evitant en la mida del possible la revisió jurisdiccional.

La Comissió considera imprescindible que en la nova llei de “jurisdicció” voluntària (“intervenció” voluntària) es defineixin amb claredat els àmbits de fixació jurídica i de publicació i seguretat jurídiques, tot evitant el més possible la revisió jurisdiccional dels conflictes entre els professionals encarregats de les respectives funcions en un i altre àmbit.

9.4 La conclusió del **contracte d’arrendament** amb abandonament del domicili per part de l’arrendatari no reflexa cap conflicte, perquè deriva de la renúncia de l’arrendatari. Aquest fet pot comportar l’entrega de claus, la devolució de quantitats (fiança) o la recuperació de la possessió sense intervenció judicial i per via notarial (que acreditaria l’estat de la finca, a través de l’acta d’entrega i presència, etc.) quan no hi ha necessitat de desnonament.

Es proposa l’acta notarial, en la seva modalitat oportuna d’entrega, exhibició, presència, etc., com a via per a l’entrega de la possessió de mobles i immobles i l’acreditació del seu estat al moment de l’entrega, quan no hi hagi contradicció, ni sigui necessari l’ús de la força pública per el desnonament (en cas d’abandonament del domicili per part del seu ocupant).

9.5 La realització d’**inventaris** (en Dret successori, Dret matrimonial, etc.) es pot dur a terme per acta notarial per a constatar situacions, quan no hi hagi actuació negocial, inclús amb fotografies o informes tècnics, amb idèntics efectes que si fos per via judicial.

Es proposa que, amb caràcter general, els inventaris notarials tinguin idèntics efectes que si fossin fets en via judicial.

9.6 L’expedient de **consignació voluntària** de deutes (preus, rendes) podria ser també derivat a la via notarial, ampliant les competències del notari a l’acreditació de la recepció i notificació i a la declaració provisional dels efectes alliberadors del pagament, com a acte presumpte.

Es proposa que es reculli en una disposició addicional de la nova llei reguladora de la anomenada “jurisdicció voluntària” (“intervenció voluntària”), que tingui els mateixos efectes la consignació notarial de rendes o preus que la es pugui fer judicialment, potenciant la notarial amb presumpció d’efectes alliberadors.

9.7 Una altra funció que podrien assumir els notaris fàcilment dintre de l’àmbit successori és la **protocol·lització de testaments hològrafs**, mitjançant els medis d’acreditació que el notari estimi convenients per a garantir l’autoria, especialment la intervenció del pèrit cal·lígraf lliurement designat per ell o pel col·legi respectiu.

Es proposa l'adveració notarial dels testaments hològrafs amb la necessària assistència de pèrit cal·lígraf i la pràctica de proves racionals, quan no es tracti de demostrar un fet ja acreditat o de perjudicar persones en els seus drets hereditaris, com a conseqüència de la declaració de validesa o nul·litat del testament hològraf. També es proposa la formalització notarial de la interrogatio in iure.

9.8 La necessitat de que el Registre de la Propietat s'adeqüi a la situació extra registral es posa de manifest en el moment de l'alienació, sobre tot, si es formalitza hipoteca sotmesa a la legislació del mercat hipotecari de 1981, perquè cal **cancel·lar les càrregues**, condicions resolutòries en garantia de lletres de canvi, a cops extraviables, servituds que s'arrosseguen de la finca matriu i que és evident que no poden existir, fideïcomisos o condicions resolutòries, per posar alguns exemples.

Es proposa que amb el rang jeràrquic de llei, es contempli l'acta de notorietat o l'expedient registral, segons les respectives competències, com la via més adequada per a acreditar l'extinció de les càrregues inoperants del registre de la propietat.

9.9 Tot destacant les diferències entre la funció fixadora del notari i la funció qualificadora del registrador, que es pot estendre al control del judici de notorietat de les actes notarials i al contingut dels manaments processals i judicials, cal un respecte exquisit de les respectives funcions, de forma que no es generi una litigiositat afegida per les reserves d'uns o altres operadors jurídics.

Per altra banda, l'assignació als secretaris i secretàries judicials de l'execució, de l'aprovació de la rematada i de la confecció del títols a inscriure pot xocar, en tant que no és jurisdiccional, amb les competències de qualificació registral.

La Comissió advoca per una coordinació en la regulació específica de la legislació hipotecària, processal, notarial i de "jurisdicció" voluntària (intervenció voluntària) que integri tots els sistemes de verificació, aclareixi les opcions dels ciutadans d'actuar davant el secretari judicial o el notari i elimini o redueixi al màxim el control judicial de les discrepàncies entre la qualificació registral i l'actuació notarial o del secretari judicial.

10. CONCLUSIONS I RECOMENACIONS GENERALS:

10.1 La Comissió ha reflexionat sobre el sentit i abast d'una progressiva desjudicialització en la perspectiva de reducció de la càrrega de treball. Ho ha fet a partir de la definició i delimitació de la funció decisòria pròpia del jutge en front d'altres funcions i competències (documentària, fixadora, de publicació).

Ha destacat la necessitat de preservar el dret constitucional a una tutela judicial efectiva i de respectar el procés com a instrument democràtic per a la resolució dels conflictes. Però també ha constatat que aquest dret i l'ús del procés no són il·limitats.

Ha advertit que el dret a la tutela judicial efectiva actua com a sucedani de l'autocomposició dels conflictes, en la mesura en que l'Estat, a través del jutge, només

pot intervenir en la vida dels particulars per a solucionar els conflictes en determinades condicions i amb uns límits ben definits.

Ha conclòs també que el dret a la tutela judicial efectiva té com a contrapès, a la balança, una vessant en negatiu: el dret dels ciutadans a no veure's sotmesos de forma abusiva i indeguda a un procés, el que es pot traduir en limitacions en l'accés i en determinades mesures dissuasòries. La Comissió afirma que l'Estat també està legitimat per a rescabalar-se, a càrrec de qui abusa, del cost del servei judicial.

10.2 La Comissió entén que la desjudicialització passa, de manera fonamental, per una clarificació de les competències jurídiques que redueixi les pròpies de la funció judicial a l'àmbit decisor.

Per això reclama un enfortiment de la funció d'assessorament i defensa que duen a terme els advocats, per tal d'evitar els plets i la introducció de mecanismes de prevenció del procés (pràctica notarial de diligències preliminars, preconstitució de la prova, prevenció de la tutela, promoció de defensors institucionals, previsions notariales de futur en dret de la persona i de la família, conformitats en l'àmbit penal, etc.).

Sosté que el jutge pugui comptar amb la col·laboració dels operadors jurídics (secretaris i secretàries judicials, procuradors dels tribunals) en la tramitació processal.

També demana que s'eximeixi al jutge del coneixement dels casos en que no hi ha conflicte manifest (exercici de la tutela, divorci o separació consensual sense fills, divisió de cosa comuna, "jurisdicció" voluntària, etc.).

10.3 La Comissió aposta decididament pels medis de solució alternativa dels conflictes en tots els àmbits (mediació, arbitratge de consum, arbitratge privat) i per la conciliació pre i intra- processal.

Defensa determinades mesures dissuasòries de la litigiositat (increment de les exigències per a gaudir del benefici de justícia gratuïta, sancions de l'abús processal, ampliació del sistema de taxes, introducció de determinades restriccions en el sistema de recursos, modificacions del judici monitori, etc.), tot reclamant que aquestes mesures siguin proporcionades i que no tinguin finalitat recaptatòria.

Demana de les administracions públiques, a través dels serveis socials, que promoguin la solució conciliada dels conflictes en una nova justícia de proximitat, a través d'un sistema integrat de serveis.

Propugna la introducció de mecanismes de mediació en la contractació administrativa.

10.4 La Comissió promou també algunes reformes estructurals, en relació a la definició del model de justícia, es mostra favorable a la introducció de la nova oficina judicial i proposa diverses reformes processals puntuals (conciliació processal, pacte anàleg al comissori, recurs d'apel·lació i de cassació).

Propugna, també, treballar en l'àmbit de l'educació per a la ciutadania i de la cultura jurídica com a garantia d'una futura desjudicialització dels conflictes, i el desenvolupament de bones pràctiques professionals en tots el àmbits.

Barcelona, 15 de març de 2010