

Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3323-2017.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo. Considero que debería haber sido estimatorio por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y, en consecuencia, haberse declarado la inconstitucionalidad y la nulidad del último inciso del párrafo tercero del art. 152.2 LEC, en la redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, en que se establece que “[l]a falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida”, en relación con la posibilidad de que la parte procesal pueda identificar ante los órganos judiciales un medio electrónico para que sea avisado de la puesta a su disposición de un acto procesal de comunicación.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia desestima la cuestión de inconstitucionalidad con fundamento en un prolijo razonamiento sobre (i) la diferente naturaleza jurídica de los actos de comunicación procesal y el aviso regulado en este precepto, (ii) el carácter no desproporcionado o exorbitante de la carga legal que suponen las notificaciones por sistemas telemáticos y (iii) la inexistencia de una confianza legítima derivada de la obligación legal de realizar el aviso.

Considero que todo este proceso de razonamiento no ha permitido identificar de una manera adecuada el conflicto constitucional que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, plantea el precepto cuestionado. La cuestión relevante no es si este aviso se configura legalmente o no como un acto de comunicación al que se puedan vincular unos u otros efectos procesales. Tampoco lo es si, *a priori*, resulta desproporcionada la carga que sobre las partes o sus representantes tiene el sistema de comunicaciones telemáticas y la necesidad de establecer mecanismos precautorios. Igualmente, no me parece lo esencial la eventual frustración de una expectativa legítima, moduladora del deber de diligencia de la parte como elemento esencial en la valoración de la existencia de una posible indefensión.

Lo determinante, en mi consideración, es que, con independencia de todo lo anterior, el legislador, dentro de su libertad de configuración, ha establecido en el párrafo tercero del art. 152.2 LEC (i) la facultad de la parte procesal de identificar ante los órganos judiciales un medio electrónico, entre ellos el correo electrónico, con el objeto de ser informada o avisada de la puesta a su disposición de un acto de comunicación y, (ii) en correlación con ello, la obligación del órgano judicial de hacer ese aviso –expresamente se utiliza en este artículo el verbo en forma imperativa, al establecer que “la oficina judicial enviará el referido aviso”–. (iii) En ese contexto de una previsión normativa basada en la premisa de que el ejercicio de una potestad por el ciudadano –la de pedir que se le avise por medio de correo electrónico de que se ha realizado el acto de notificación– se convierte en una obligación del órgano judicial –la de enviar ese aviso por ese medio–, el legislador ha incluido un elemento distorsionador como es la previsión ahora cuestionada de que la ausencia de esa notificación no impedirá la validez del acto de comunicación.

La configuración legal de esta norma, con la conjunción de los tres elementos señalados, resulta irrazonable. No hay ningún elemento de coherencia entre (i) la imposición de una obligación de los órganos judiciales en relación con los ciudadanos usuarios del servicio de la justicia y (ii) que los perjuicios que origine el incumplimiento de esa obligación por parte de los órganos judiciales cuando el servicio funcione anormalmente recaigan por imperativo legal sobre el ciudadano que padece la anomalía. Si hay un principio general de razonabilidad en el derecho –o, por más decir, de justicia en el sentido en que el art. 1.1 CE lo reconoce como valor superior del ordenamiento jurídico–, ese es el de que no puede pretenderse que el perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación recaiga sobre la parte no incumplidora. Además, si ese principio, como es ahora el caso, se establece en la relación entre uno de los poderes del Estado y el ciudadano, ese irrazonable desplazamiento del perjuicio del incumplimiento por parte del Estado –al menos en sus consecuencias más directas y graves en el terreno procesal– al ciudadano usuario del sistema de la Administración de Justicia, solo puede calificarse como una arbitrariedad, cuya interdicción para los poderes públicos queda establecida en el art. 9.3 CE.

En la medida en que esta regulación irrazonable y arbitraria tiene como objeto la validez de un acto de comunicación en un procedimiento judicial, afectando con ello al haz de garantías con las que está revestida la participación de la parte en el proceso y a la prohibición de

indefensión establecida en el art. 24.1 CE, considero que debía haber sido estimada la presente cuestión de inconstitucionalidad, como me vi en la obligación de defender en la deliberación.

Madrid, a diecisiete de enero de dos mil diecinueve.