



El futuro siempre es “ahora”: Anotaciones a propósito de los Fondos de Litigación, Responsabilidad Civil, Big Data y Análisis Predictivo

Arturo González Quinzá

Abogado

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad San Pablo CEU

SUMARIO

- I. NUEVOS JUGADORES EN EL ESCENARIO DE LA LITIGIOSIDAD: LOS FONDOS DE LITIGACIÓN.
 - A) UNAS PALABRAS A MODO DE INTRODUCCIÓN. LA EXPANSIÓN DEL MUNDO DE LOS NEGOCIOS.
 - B) FONDOS DE LITIGACIÓN, LO QUE NO SON.
 - A) FONDOS DE LITIGACIÓN, LOS NUEVOS JUGADORES EN LA MESA (O EN LA SALA)
 - B) ASISTENCIA GRATUITA;
 - C) PRO BONO
 - D) SOCIEDAD CIVIL Y LITIGACIÓN, DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS A LOS “LITIGIOS ESTRATÉGICOS” O “DE IMPACTO”;
 - E) PRESTAMOS, CESIONES DE CRÉDITO Y CROWDFUNDING;
 - F) SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA;
 - G) EJERCICIO DE ACCIONES COLECTIVAS
 - C) QUE SON LOS FONDOS DE LITIGACIÓN
 - D) REGULACIÓN DE LOS FONDOS DE LITIGACIÓN;
 - A) SUPUESTA ANOMIA Y ATIPICIDAD
 - B) ALGUNAS REFERENCIAS AL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO NORTEAMERICANO
 - C) LA DECISIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE SEPTIEMBRE DE 2022;
 - D) ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LOS FONDOS DE LITIGACIÓN;
 - E) INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA IMPLANTACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS FONDOS DE LITIGACIÓN;
 - F) ACUERDOS DE FINANCIACIÓN Y CONTROL POR JUZGADOS Y TRIBUNALES
 - G) INCIDENCIA DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN LA ACTUACIÓN Y REGULACIÓN DE LOS FONDOS DE LITIGACIÓN
 - H) LA MENCIÓN A LOS FONDOS DE FINANCIACIÓN CONTENIDA EN EL PROYECTO DE LEY CON EL QUE SE ANTICIPABA LA REGULACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS
 - I) QUIENES ACUDEN A ESTOS FONDOS DE LITIGACIÓN Y EN QUE CASOS
- II. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ANALÍTICA PREDICTIVA Y BIG DATA
 - A) EL “OCÉANO” DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL
 - B) BIG DATA Y HERRAMIENTAS PREDICTIVAS: UTILIDADES
 - C) PREDICTIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES: LAS MÚLTIPLES ARISTAS DE UN PROBLEMA
 - D) ÁMBITOS ESPECÍFICOS DE PREDICTIBILIDAD JUDICIAL/DECISIONAL
- III. COMENTARIOS A PROPÓSITO DE LA REGULACIÓN DE EMERGENTES, INTELIGENCIA ARTIFICIAL, FONDOS DE LITIGACIÓN
- IV. ALGUNAS REFLEXIONES MEJOR QUE INTENTO ALGUNO DE INTRODUCIR CONCLUSIONES

I. NUEVOS JUGADORES EN EL ESCENARIO DE LA LITIGIOSIDAD: LOS FONDOS DE LITIGACIÓN

A) UNAS PALABRAS A MODO DE INTRODUCCIÓN. LA EXPANSIÓN DEL MUNDO DE LOS NEGOCIOS

En el universo de aquellas citas que son, tan usualmente repetidas, como ligeramente modificadas, quizá en virtud de su reiterada utilización (el uso desgasta las cosas, también las citas), hay una que puede servir de adecuado umbral para entrar en la exposición de la naturaleza, y problemática de los llamados “fondos de litigación”, lo que son y lo que no son, y especialmente sobre sus consecuencias sobre una cuestión aun mayor, su impacto en el sistema de solución de conflictos, desde los procedimientos e impugnaciones administrativas, a los sistemas arbitrales y muy en particular, en el sistema judicial.

Vivimos un momento en que estos sistemas de solución de controversias, y –en particular– los sistemas judiciales, se ven afectados por dos factores, por un lado, la creciente conflictividad (no es que en solo España se incremente el número de procesos judiciales, es que esa mayor litigiosidad es un problema mundial)¹ y, por otro,

¹ Véase, entre otros muchos, RAMIREZ VILLAESCUSA, Rafael, “Transparencia, litigiosidad y racionalidad económica” Revista de la Facultad de Derecho de México. Vol. 61, número 256 (2011) <https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/30368>. SANCHEZ BAYON, Pablo “El desafecto de la sociedad hacia el mundo del derecho: breve comentario sobre la situación en España (The Disaffection Towards the World of Law: Brief Analysis of the Situation in Spain)” en Direito, Sociedades e Meio Ambiente, Ed. Fasa, Recife, 2018, coordinado por Carvalho Leal, V./Álvarez Robles, T. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3226637, y “Comparative Litigation Rates”, J. Mark RAMSEYER & Eric B. RASMUSEN, Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, No. 681, Nov. 2010 (<https://dash.harvard.edu/handle/1/30064400>)

Cabría también traer a colación el artículo publicado en el diario económico Expansión ya en 2013 por Almudena VIGIL, “España es el tercer país de Europa con más pleitos” (<https://www.expansion.com/2013/12/10/juridico/1386697732.html>). En dicho artículo se hace referencia a un estudio del Banco de España “sobre el funcionamiento del sistema judicial en diferentes países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)”, elaborado por la Dirección General del Servicio de Estudios. En él se hace eco de un proyecto de la propia OCDE con el Banco de España y la Banca de Italia para obtener información estadística sobre esta materia, ofreciendo algunos datos comparados inéditos hasta ahora”. Lo que refiere el artículo no es solo la ratio de litigiosidad por persona según distintos países, sino también diversas circunstancias que pueden explicarlo, que van desde el peso de los distintos sectores en la economía de un país, a la posición cíclica de la economía y desde luego la mejor o peor calidad de la le-

porque no decirlo, la búsqueda de nuevos nichos de negocio, también en su perspectiva de la “industria” legal y nuevas fuentes de inversión financiera.

Ante ese panorama, el desarrollo de las herramientas de inteligencia artificial (a alguno de cuyos aspectos se dedica la segunda parte de este trabajo) impacta ya, e impactará en el futuro con especial fuerza, en el ámbito de la litigiosidad masiva.

Volvamos a la cita en cuestión. Data de 1925 y se atribuye al entonces presidente norteamericano Calvin Coolidge; “*El negocio de Estados Unidos son los negocios*”.

Como tantas otras citas, parece que no es exacta, y en cualquier caso, como recomendaba Unamuno, la mejor manera de liberarse de un lugar común, es repensarlo.

Como explica Ellen TERRELL², la innegablemente brillante frase “se pronunció durante un discurso que el presidente Calvin Coolidge pronunció ante la Sociedad Estadounidense de Editores de Periódicos en Washington, DC el 17 de enero de 1925. Dado que el discurso fue ante un grupo comercial de noticias, Coolidge estaba hablando sobre el papel de la prensa en una sociedad moderna. , la América democrática e incluía advertencias sobre los males de la propaganda. Pero más específicamente, estaba hablando del papel de la prensa en el *libre mercado* estadounidense. Después de hablar un poco,

gislación. El artículo periodístico remite a los trabajos sobre la materia realizados por la OCDE de junio de 2013, “Judicial performance and its determinants: a cross-country perspective” (<https://www.oecd.org/economy/growth/FINAL%20Civil%20Justice%20Policy%20Paper.pdf>), firmado por G. PALOMBO; G. GUIPPONI; L. NUNZIATA y J. MORA-SANGUINETTI (de este autor, véase también, MORA-SANGUINETTI, Juan S y GOMEZ, Fernando, “Males de la justicia: analizando los datos” InDret 1/2014) Igualmente de junio de 2013. Véase igualmente el International Comparisons of Litigation Costs: Canada, Europe, Japan, and the United States, elaborado por el Institute for Legal Reform de la Cámara de Comercio de Estados Unidos (<https://instituteforlegalreform.com/research/international-comparisons-of-litigation-costs-canada-europe-japan-and-the-united-states/>) y, el mas reciente trabajo de Yun Chien CHAN y Daniel KLERMAN “Settlement Around the World: Settlement Rates in the Largest Economies” Journal of Legal Analysis, Volume 14, Issue 1, 2022 (<https://academic.oup.com/jla/article/14/1/80/7114596>) y Rule of Law Index 2022, World Justice Project (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/downloads/WJ-PIIndex2022.pdf>)

² TERRELL, Ellen, “Cuando una cita no es (exactamente) una cita: The Business of America is Business” Edition. 17 de enero de 2019 https://blogs.loc.gov/inside_adams/2019/01/when-a-quote-is-not-exactly-a-quote-the-business-of-america-is-business-edition/

finalmente dijo: “Después de todo, el principal negocio del pueblo estadounidense son los negocios. Están profundamente preocupados por producir, comprar, vender, invertir y prosperar en el mundo”

Sea o no exacta la cita, como acertadamente concluye, TERRELL, “las citas en sí pueden diferir, para muchos, el sentimiento detrás de ambas puede no diferir tanto”, de ahí que SAMUELSON y NORDHAUS la incorporasen a su *“Economía con aplicaciones”*, en el capítulo relativo a “Producción y organización de los negocios”, y en todo caso la cita presidencial sirve adecuadamente para comprender el sentido de los llamados “fondos de litigación”, nacido en el mundo anglosajón (desde Australia a Estados Unidos³) pero desde luego presente ya en la Europa comunitaria y, por tanto en España.

El objeto de estas páginas no es específicamente un examen en profundidad sobre estos fondos de litigación, ni es tampoco un examen en profundidad de la utilización de la Inteligencia Artificial y el Big Data para la analítica predictiva, imprescindible en la operativa de estos Fondos para racionalizar sus inversiones.

Mucho menos se pretende en unas pocas páginas abordar los problemas que se derivan de la predictibilidad o no de las decisiones de los conflictos legales sometidos a la decisión de terceros.

Siendo los fondos de litigación y la analítica predictiva realidades emergentes, ambos son ámbitos de una regulación “en formación”, pues aunque no huérfanas de ella⁴, quedan muchos as-

pectos regulatorios por desarrollar. Pero también ambos ámbitos de una realidad ya presente.

A lo que se dedicaran las siguientes páginas no es sino a reflexionar sobre algunas interacciones entre ambas realidades.

Para ello resultara necesario acercarse a lo que sean esos Fondos, quizá sobre todo a lo que no sean, pues su nacimiento se produce en un magma de nuevos sujetos que entran, en distinto grado, en relación con los sistemas de solución de controversia (singularmente, con los sistemas judiciales).

Del mismo modo, para ello será tan inevitable como útil hacer algún comentario sobre el impacto de la Inteligencia Artificial, Big Data y Analítica Predictiva sobre el mundo legal.

Quizá la máxima según la cual no hay nada nuevo bajo el sol no sea sino una forma antigua de conjugar que la energía (de igual modo que la manera en que actúa en nuestras vidas el Derecho) ni se crea, ni se destruye, sino que solo se transforma.

El problema de nuestros tiempos es que ciertamente esa transformación, los avances científicos, como cantaría el zarzuelero boticario, “adelantan” que es una “brutalidad”⁵, se producen a una vertiginosa rapidez, lo que redundo en la perplejidad del espectador de los mismos.

En todo español conviven (en mejor o peor armonía) el idealista y el práctico, de modo que el idealista pedirá al práctico que detenga por ahora el empleo de frases conocidas, y el práctico le rogara al idealista, que no se rinda, que se mantenga vivo en su empeño, pues, pocas veces como ahora, la implementación de los adelantos técnicos va unida a la interpelación sobre los grandes principios, las grandes nociones.

redacción la regulación de las acciones colectivas que, en un futuro artículo 850 de la ley procesal civil, incluía una referencia a “la financiación del proceso por un tercero” y el REGLAMENTO (UE) 2024/1689 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial)

5 En 1894 se estrenaba la zarzuela, “La Verbena de la Paloma”, con el subtítulo, “El boticario y las chulapas y cellos mal reprimidos”. Ese boticario no es otro que el Don Hilarión, que, en animada tertulia con su amigo, Don Sebastián, entona su sorpresa ante los avances científicos de finales del siglo XIX ¡que no diría ahora!

3 Si es preciso poner un ejemplo de actualidad y volumen económico del impacto de estos fondos, cítese el artículo de Josep GALVEZ, “El caso Mastercard sigue sacudiendo al Reino Unido en una lucha por 16.924 millones de euros”, publicado en Confilegal el 10 de diciembre (<https://confilegal.com/20241210-opinion-el-caso-mastercard-sigue-sacudiendo-al-reino-unido-en-una-lucha-por-16-924-millones-de-euros/>), donde se explican algunos de los muchos avatares del asunto, y como parece que, en sus capítulos finales, se estaría discutiendo cual fuera una suma adecuada para un acuerdo, en el sentido de que fuera razonable jurídicamente y que fuera razonable, aceptable, para el fondo (Innsworth) que financio el litigio. También a la luz de ese caso pueden anticiparse algunas de las cuestiones que motivan estas páginas ¿pudo ese fondo imaginar el resultado del litigio? ¿pudo imaginar al menos una horquilla económica de su resultado? ¿puede controlar si la que se propone es aceptable? ¿se podrá en el futuro responder a estas preguntas gracias a la Inteligencia Artificial?

4 Durante el 2024, en el tiempo en que se redactaban estas páginas, la LEY ORGANICA DE MEDIDAS EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA, si bien, en última instancia, se suprimió de su

Sin tener que hacer referencia a los debates sobre el transhumanismo, de las muchas y trascendentales cuestiones que se suscitan, para aludir a las derivadas del específico ámbito al que se refieren estas páginas, bastara dejar anotada la “Carta Europea sobre el Uso Ético de la Inteligencia Artificial en los Sistemas Judiciales y su entorno”⁶, y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de Inteligencia Artificial para Europa de 25 de abril de 2018.

Como pedía Sancho ya mas a un Alonso Quijano que a un Don Quijote, “No se muera vuestra merced, señor mío, sino tome mi consejo y viva muchos años...”⁷, lo que es un mandato al hombre moderno, por ende, al jurista, para estar siempre dispuesto a buscar nuevos objetivos, iniciar nuevas empresas y aventuras, incluso intelectuales, también profesionales y de negocio.

6 <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment>

7 El dialogo corresponde al capítulo LXXIV, de la segunda parte de la inmortal obra cervantina, El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha.

B) FONDOS DE LITIGACIÓN, LO QUE NO SON

a) FONDOS DE LITIGACIÓN, LOS NUEVOS JUGADORES EN LA MESA (O EN LA SALA)⁸.- FERNÁNDEZ DE LA TORRE y DOMÍNGUEZ GUERRA, en 2 de julio de 2020, en un post de “ElDerecho.com”, sobre los fondos de litigación los definieron como “un nuevo player en el mercado legal”⁹.

No se trata tanto de una reformulación general de aspectos que guardan relación con la legitimación en el proceso, aunque su presencia impacta en elemento subjetivo del proceso, como de la incidencia en el mismo de instrumentos e instituciones financieras, y no solo financieras¹⁰.

8 Para una más completa comprensión del fenómeno de los Fondos de Litigación, véase la obra colectiva dirigida por Cristina SOLER, y coordinada por Diego AGULLO y Carlos LLORENTE, “La financiación de litigios en Derecho español y comparado. Estado del mercado y su regulación. Datos y reflexiones” Ed. Ramco Litigation Funding y La Ley, 2024.

9 FERNANDEZ DE LA TORRE, Goetti y DOMINGUEZ GUERRA, Claudia.- Fondos de litigación: un nuevo player en el mercado legal. <https://elderecho.com/fondos-litigacion-nuevo-player-mercado-legal-02/07/2020>

10 No resultaría ocioso recuperar la lectura de “La pretensión procesal”, de Jaime GUASP, publicado en el



Aunque a estos fondos, también se les conoce por la igualmente sugestiva denominación de “Third Party Litigation Funding” (TPLF)¹¹, manteniendo el anglicismo del “new player”, estos fondos sin duda entran en la sala donde se está “jugando”, pero en una posición que esta a medias entre el jugador que se sienta a la mesa y la de aquel amigo del jugador que se sienta en la sala, apoyándole, suministrándole comida y bebida y llegado el caso, financiándole, a la espera de obtener un porcentaje de las ganancias de la partida, aunque asumiendo que puede perder su inversión.

Esa referencia al retorno de la inversión indefectiblemente tiene el efecto de acotar que tipo de litigios serán terreno propicio para estos fondos, y cuáles no lo serán, si bien la decisión inversora hará bien en tener en cuenta las diferencias legales entre los distintos países donde quieran invertir.

Por ejemplo, si pensamos en el volumen económico que mueven los litigios en materia de daños o responsabilidad, fácilmente consideraremos que ese es un ámbito de inversión, pero esos fondos –siguiendo con el ejemplo– habrán de comprender que hay sistemas jurídicos donde las cantidades que se obtengan al final del pleito pueden corresponder solo a su finalidad resarcitoria y otros donde esas cantidades pueden tener finalidades resarcitorias y también punitivas, o habrán de comprender que hay ordenamientos jurídicos que pautan o bareman las indemnizaciones y otros que ofrecen mayor discrecionalidad al juez a la hora de cuantificarlas. Estos factores influyen

claramente en el margen de retorno de la inversión.

Aunque estos fondos puedan encontrar terreno abonado en el ámbito de las acciones colectivas, su naturaleza y finalidad no queda indefectiblemente constreñida a estas, pues dependerá de las características del o de los asuntos y de la posibilidad de generar retornos.

Resaltan FERNANDEZ DE LA TORRE y DOMINGUEZ GUERRA que, “los fondos de litigación, también conocidos como Third Party Funding, constituyen una figura infrecuente en España que, sin embargo, ya se encuentra asentada en jurisdicciones de nuestro entorno”, y añaden, “estos operadores ya habían puesto el foco de su negocio en nuestro país desde hace un tiempo. Sin embargo, a raíz de la coyuntura económica a la que nos enfrentamos, este player va a ver anticipada su entrada en el mercado legal español. Los cambios que se avecinan, como resultado de la pandemia generada por la propagación de la COVID-19, requieren que los profesionales se reconviertan y generen una capacidad de adaptación sin precedentes ante las nuevas oportunidades de negocio que se prevén”

No pretendiendo abordar la caracterización de estos “fondos”, parece conveniente hacer, al menos, una mínima reflexión sobre lo que sean los mismos, pero también, de lo que no son, y de cómo pueden tener un efecto en el inestable equilibrio de ecosistema del sistema judicial.

Los fondos de litigación sin duda son instrumentos para facilitar, a quienes quieren pleitear, acudir a los sistemas de impugnación y solución de controversias, sean administrativos, arbitrales o judiciales, aunque no por ello se convierten en la solución mágica al alcance de cualquier proverbial litigante querulante.¹²

Es sabido que, en algunos casos, quien pretende defender sus derechos puede hacerlo directamente, sin que tan siquiera sea requisito necesario que contrate los servicios de profesionales en Derecho –paradigmáticamente en el procedimiento administrativo o tributario–.

En otros ámbitos, puede ser la Fiscalía la que actúe para la protección de las víctimas en los procesos penales.

Es decir, cuando se habla de la introducción de una nueva figura que ayude a acceder a la

Anuario de Derecho Civil Vol.5., Nº 1, 1952 (accesible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2773552>). El maestro del derecho procesal español, ya en su día reflexionaba sobre la función procesal misma, el sentido y utilidad de un proceso, así como sus elementos estructurales, como lo es elemento subjetivo, al que alude como “entes personales, que figuran como titulares, aunque en grado diferente, de las conductas humanas significativas que lleva consigo toda pretensión procesal” (pag. 41). En dicho trabajo puede leerse la recomendación de acompasar el plano “de la visión científica” para ajustarlo “algo mas a la realidad de la vida”, de modo que “cada una de las nociones fundamentales del derecho del proceso” ofrezca su “verdadero contorno y perfil” (pag. 9). La obra de GUASP, como ocurre con los clásicos, mas alla de la evolución de la doctrina y de la aceptación o discrepancia que pueda motivar, siempre ofrece nuevas lecturas pues se actualiza con cada lector.

¹¹ Permítasenos anotar en este punto la web US Chamber of Commerce, Institute for Legal Reform, dedicada a estos TPLF <https://instituteforlegalreform.com/what-you-need-to-know-about-third-party-litigation-funding/>

Esta website incluye un útilísimo “glosario”, un apartado de “FAQs” (preguntas frecuentes), bibliografía, e incluso un blog y un podcast.

¹² Para el diccionario de la RAE, querulante es “1. adj. Psicol. Querellante patológico. U. t. c. s.”

litigación bien podría argumentarse que nuestro sistema legal ya cuenta con formulas para asegurar que cualquiera pueda acceder a aquellas instancias en que se le permita defender su derecho.

El hecho de que esto sea así, e incluso de que algunas de esas formulas sean mecanismos de larga tradición jurídica, no solo no evita el que aparezcan otros mecanismos, otros instrumentos, como es el caso de estos fondos, e incluso facilita que su caracterización pueda hacerse por comparación, en este caso, respecto de la asistencia jurídica gratuita, el llamado “pro bono”, el seguro de defensa jurídica, el préstamo o la cesión de créditos.

Aquellos que invierten en estos fondos para obtener un beneficio necesitan evaluar las posibilidades de éxito del litigio en el que invierten. La razón de querer “predecir” el resultado de la controversia es financiera, y ello puede singularizar a estos fondos, pero cualquier litigante, cualquier abogado, ante cualquier litigio, se plantea esa misma pregunta, ¿qué posibilidades de éxito tiene?, en unas ocasiones simplemente porque debe informar a su cliente (incluso ante el riesgo de condena en costas), y en otras (y se hará referencia a ello en las próximas paginas), porque esa evaluación puede tener repercusiones más concretas vinculadas a la inviabilidad del asunto o referidas a la búsqueda de generar un precedente.

b) ASISTENCIA GRATUITA.- Nuestro ordenamiento jurídico ofrece soluciones para quienes aduzcan no contar con medios propios para pleitear, siendo quizá el más evidente el denominado beneficio de asistencia justicia gratuita, al que se refiere el artículo 119 de la Constitución (en directa relación con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24) “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”¹³

¹³ Téngase en cuenta la extensión de este derecho a “...deudores personas físicas o jurídicas que tengan la consideración de microempresa en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley Concursal, a los que resulte de aplicación el procedimiento especial previsto en su libro tercero, siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar...” (artículo 2 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, modificado por la Ley Orgánica del Derecho de Defensa)

Resátese también que el Parlamento Europeo, en su Resolución de 13 de septiembre de 2022, al abordar la necesaria regulación futura de estos Fondos de litigación, comienza haciendo referencia al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo apartado tercero establece que “Se prestara asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre

Conforme al desarrollo normativo de dicho precepto constitucional, comenzando por Ley Orgánica del Derecho de Defensa¹⁴ y por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita¹⁵, este beneficio permite no solo contar con el asesoramiento y defensa de abogado, la representación de procurador, sino que también da lugar a la exención de tasas, etc e incluso permite acceder a la emisión de informes periciales que fueran necesarios para su defensa¹⁶.

c) PRO BONO.- A la tradicional “justicia gratuita” española¹⁷, cabe añadir el crecimiento de la llamada actuación “pro bono”, pues aunque una

y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”

¹⁴ Artículo 4 de La Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, de Derecho de Defensa, “1. Las personas físicas y jurídicas tienen derecho a recibir la asistencia jurídica adecuada para el ejercicio de su derecho de defensa. El derecho a recibir la asistencia jurídica eficaz que garantiza este precepto incluye también la procedencia de efectuar o solicitar las adaptaciones precisas para garantizar el derecho de accesibilidad cognitiva, de las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo, al proceso legal en el que participan, requiriendo la utilización de los medios técnicos, humanos o profesionales para asegurar la efectividad de este derecho” y “4. Las personas que acrediten insuficiencia de recursos tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos y términos establecidos en la Constitución Española y las leyes, que determinarán, asimismo, los supuestos en los que esta deba extenderse a personas en situaciones de especial vulnerabilidad y en otras situaciones reconocidas legalmente. La asistencia jurídica será siempre accesible universalmente para asegurar el cumplimiento del derecho de defensa en igualdad de condiciones. Se tendrá en especial consideración la accesibilidad de las personas con discapacidad, particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad. Una ley regulará las funciones de los profesionales del turno de oficio en el servicio público de asistencia jurídica gratuita”.

¹⁵ Cítese igualmente el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, así como los diversos desarrollos reglamentarios autonómicos al respecto, pudiendo citarse a modo de ejemplo, el Decreto 146/2018, de 2 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 86/2003, de 19 de junio, por el que se regula la asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la Comunidad de Madrid

¹⁶ Véase, el artículo 6 de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, que establece cual es el contenido material del derecho. Respecto de los informes periciales.

¹⁷ Sobre la raigambre histórica de la asistencia gratuita, diríase, del turno de oficio, véase PEDRAZ PENALVA, Inés, “Notas históricas sobre la justicia gratuita en España”, publicado en los Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho. 1991, 6: 175-190, y que puede consultarse en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55076/1/Analles_Fac_Derecho_06_12.pdf

En dicho trabajo se trae a colación el instituto canónico de la “Abogacía de los pobres”, la regulación en Italia o Francia, pero especialmente en España, remontándose a su institucionalización en las Cortes de Castilla nada menos que de 1312.

y otra no necesariamente coinciden en sus destinatarios, si guardan un cierto perfil común: facilitar el acceso a la justicia.

Para ilustrarlo, valga con transcribir algunas líneas de la presentación online de la “Fundación Pro-Bono España”¹⁸, que describe su misión en los siguientes términos: “Actuar como catalizador del pro bono jurídico, siendo el punto de encuentro de referencia que sistematice, aúne e integre los esfuerzos de los distintos actores jurídicos. Generar y difundir cultura pro bono entre todos los actores jurídicos, creando espacios de reflexión sobre el papel del derecho como herramienta de cambio social. Facilitar el acceso al derecho y a la justicia a las organizaciones sociales que, por razones económicas o de otra índole, no pueden acceder a ellos, siempre y cuando éstas no tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita”.

Repárese en que, de hecho y de derecho, ni la asistencia jurídica gratuita y ni la asistencia “pro-bono” se limita a proveer de servicios jurídicos a personas en situaciones económicas extremas¹⁹, sino que los facilitan a personas físicas y jurídicas que van más allá de esta situación, en unos casos, atendiendo a la labor que desempeñan esos posibles litigantes, en otros supuestos, por el interés objetivo del asunto.

La mera lectura del artículo 75 del Estatuto de la Abogacía evidencia que “turno de oficio” y “pro bono” son ámbitos no plenamente coincidentes, aunque puedan ser cercanos e incluso complementarios. Según dicho precepto, “Sin perjuicio de las competencias de los Colegios derivadas de la legislación sobre asistencia jurídica en materia de servicios de orientación jurídica, los Colegios podrán organizar y prestar servicios gratuitos, con o sin financiación externa pública o privada, dedicados a asesorar o, en su caso, defender a quienes no tengan acceso a otros servicios de asesoramiento o defensa gratuitos y se encuentren en situaciones de necesidad, desventaja o riesgo de exclusión social”²⁰

¹⁸ <https://www.probonoespana.org/la-fundacion/>

¹⁹ Véase el artículo 2 de la ya citada Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

²⁰ Véase la información publicada en marzo de 2021 en la web del Consejo General de la Abogacía bajo el título, “La abogacía pro bono, diferente de la justicia gratuita (y también de las series de EEUU)” (<https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-abogacia-pro-bono-diferente-de-la-justicia-gratuita/>)

Igualmente, véase, NIETO DE GUZMÁN DE LÁZARO, Luis: Paz, justicia e instituciones fuertes. La Abogacía ‘Pro Bono’ y el compromiso con la sociedad. Abogacía Española. Nº 114. Abogacía Española, Madrid, 2019

Respecto de los servicios colegiales de orientación jurídica, la Ley Orgánica del Derecho de Defensa incorpora una Disposición Adicional (DA Segunda) que resalta su relevancia operativa y organizativa, afirmando que “1. Los servicios de orientación jurídica organizados por los colegios de la abogacía tendrán como finalidad prestar a las personas toda la información relativa a la prestación de la asistencia jurídica, y en particular a los requisitos para el acceso al sistema de asistencia jurídica gratuita, de manera accesible universalmente y teniendo en cuenta a las personas más desfavorecidas de la sociedad. 2. Los poderes públicos promoverán y apoyarán los servicios creados por los colegios de la abogacía, en especial cuando los mismos tengan por objeto la atención a los colectivos en situación de vulnerabilidad, entre otros, mujeres víctimas de violencia de género, menores de edad, personas con discapacidad, personas de la tercera edad, extranjeros, o personas sin recursos económicos o privadas de libertad”.

Pero, aun así, no solo cabe pensar en los litigantes carentes de recursos (o enfrentados a otras graves situaciones), pues una gran cantidad de personas -físicas y jurídicas-, más o menos alejadas de esas situaciones más extremas, pueden tener a su alcance otros instrumentos que van desde los simples prestamos, a las cesiones de créditos o a los seguros de protección jurídica.

d) SOCIEDAD CIVIL, LITIGIOSIDAD, DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS A LOS “LITIGIOS ESTRATEGICOS” O “DE IMPACTO”.- Nuestra legislación contempla mecanismos para el acceso al proceso de los representantes de intereses difusos o intereses colectivos²¹.

Más adelante se hará una referencia a la necesaria trasposición al Derecho español de la regulación de las acciones colectivas.

Amén de esas figuras (o abundando en ellas) debe reconocerse la emergencia y relevancia de diversas asociaciones implicadas en la defensa de ciertos derechos, libertades, cuando no intereses.

²¹ Entre las muy diversas y puntuales modificaciones, la Ley Orgánica de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia modifica el artículo 19,1 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, introduciendo un nuevo apartado, letra k) “Los sindicatos estarán también legitimados para actuar, en nombre interés del personal funcionario y estatutario afiliado a ellos que así lo autorice, en defensa de sus derechos individuales, recayendo sobre dichos afiliados los efectos de aquella actuación”

No solo se trata de que estas asociaciones lleguen a ser parte en el proceso sino que en no pocas ocasiones solo facilitan medios a los litigantes, que van desde facilitar el pago de fianzas, cauciones,... a aportar al litigante el necesario asesoramiento legal, designando abogados que, una vez nombrados y aceptados por el litigante, ya no actuarían a favor de la asociación sino de la parte en el proceso.

En estos casos, en no pocas ocasiones, no se trataría de obtener un resultado eminentemente económico, siquiera cuantificable en términos monetarios, sino defender una posición, un principio, fijar un precedente.

Estaríamos en ocasiones ante los llamados “litigios de impacto” o “estratégicos” o “de interés público”²².

Para “Systemic Justice”, “litigar de forma estratégica es el proceso de identificar y perseguir un conjunto seleccionado de reclamaciones legales como parte de un plan a largo plazo para lograr uno o más objetivos. Estas reclamaciones pueden seleccionarse con la esperanza de que el tribunal se pronuncie a favor de los argumentos presentados o porque pueden ayudar a lograr otros objetivos de una causa. Estos objetivos pueden alcanzarse sin necesidad siquiera de obtener una decisión judicial favorable” y añaden que “los objetivos perseguidos a través de los procesos de litigio pueden formar parte de una estrategia o movimiento más amplio para lograr cambios sociales y sistémicos. Pueden apoyarse en otras acciones, como campañas, manifestaciones e incidencia política”²³.

No pensemos solo en aquellos casos en que el legitimado para el litigio lo haga en atención a su representación de intereses difusos o colecti-

vos, sino ante el caso de que sea un simple particular el que, a partir de su derecho o interés legítimo afectado, se embarque en un litigio “complejo” (que también se emplea esa palabra) para sentar un precedente, labor para la que encuentra el apoyo legal de una organización o un despacho que actúa “pro bono”, atendiendo a esa relevancia estratégica y social, lo que supone que la organización que preste dicho apoyo establezca unos parámetros para aceptar o rechazar embarcarse en el concreto proceso. Estos parámetros no necesariamente serán económicos, aunque no se descartan unas consecuencias de ese tipo, y no serán parámetros exclusivamente de éxito procesal o al menos de éxito inmediato.

Esto ya introduciría una diferencia con la figura de los fondos de litigación cuya finalidad esencial es el retorno de una inversión.

Además, los fondos de litigación invierten y apoyan a demandantes, mientras que estas asociaciones pueden apoyar a demandantes y, en no pocas ocasiones, a demandados (extiéndase la referencia a denunciantes, denunciados...).

Dado que al comentar la figura de los fondos de litigación se hace referencia la experiencia anglosajona, singularmente norteamericana, respecto de las asociaciones en defensa de derechos y libertades parece imprescindible aludir a la Unión Americana de Libertades Civiles, ACLU, que en su website se define a sí misma como “el perro guardián de la libertad”, cuyo trabajo se orienta a “defender y preservar los derechos individuales y las libertades garantizadas a todo el pueblo en este país por la Constitución y las leyes de los Estados Unidos”²⁴.

e) PRESTAMOS, CESIONES DE CREDITO y CROWDFUNDING.- En el caso de los préstamos a litigantes, lo que se plantearía serían cuestiones propias de licitud del negocio jurídico y del detalle de las condiciones del préstamo.

Como se puso de manifiesto con motivo de la 39ª edición de sus Encuentros Profesionales organizada por la Fundación Aranzadi LA LEY y Esade Law School²⁵, celebrados en 23 de febrero de 2023, los “Litigation Funds” no pueden ser calificados como “préstamos” sino como “inversión”, ya que “el concepto de la financiación de litigios, en su definición más básica, es un mecanismo de financiación como cualquier otro, pero en este caso el activo es un litigio o un arbitraje.

²² A los simples efectos de anotar una de las muchas web al respecto, permítasenos anotar la de los “Abogados Sin Fronteras” de Canadá, <https://glehn.asfcanada.ca/guia-de-litigio/>

²³ https://systemicjustice.ngo/wp-content/uploads/2024/07/ES-Translation-Systemic_Justice_Guide_For_Legal_Action-23-11-2317.pdf

“Amnistía Internacional” centrándolo en el ámbito de los derechos humanos, se refiere a ellos diciendo que “En el caso de los derechos humanos, el litigio es “estratégico” cuando está diseñado conscientemente para promover la aclaración, el respeto, la protección y la realización de los derechos. La idea es cambiar las leyes, políticas y prácticas, y obtener remedios o reparaciones tras violaciones de derechos humanos. El litigio estratégico también trata a menudo de concienciar a la población sobre una injusticia”

<https://www.amnesty.org/es/strategic-litigation/#:~:text=En%20el%20caso%20de%20los,tras%20violaciones%20de%20derechos%20humanos.>

²⁴ <https://www.aclu.org/aclu-guardian-de-libertad>

²⁵ <https://www.esade.edu/es/noticias/la-financiacion-de-litigios-no-es-un-prestamo-es-una-inversion>



Se trata de un mecanismo en el que un inversor o profesional, dedicado a la inversión, que es un tercero ajeno al procedimiento judicial o arbitral, financia los costes del procedimiento judicial o arbitraje y obtiene un beneficio en el resultado futuro reflejado en la sentencia o el laudo. Ese beneficio puede ser un múltiplo de la inversión o un porcentaje”.

Como afirma Cristina Soler, que participo en tales “Encuentros” como CEO de Ramco Litigation Funding “No estamos hablando de un préstamo, es una inversión”

Derivada de lo anterior, cabe decir que al igual que los fondos de litigación no funcionan como un sistema de préstamos, en menor medida estaríamos ante un caso de crowdfunding o microcréditos, entendido como una red de financiación colectiva, que a través de donaciones económicas o de otro tipo, consiguen financiar un determinado proyecto a cambio de recompensas.

No habría coincidencia ni en la (supuesta) cuantía de cada una de las aportaciones, ni (muchas veces) en los intereses en juego (en el crowdfunding marcadamente social), incluso en las características de las recompensas, ello sin entrar en el control público de las aportaciones.

Respecto de la cesión de créditos, se entiende por tal aquel negocio jurídico entre el acreedor y otra persona, con el fin de transmitirle la titularidad de la deuda.

Dicha figura se encuentra descrita por la doctrina y la jurisprudencia²⁶, y parcialmente contemplada en el Código Civil, que regula la transmisión de créditos y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que habilita para la sucesión procesal del adquirente del crédito.

No son infrecuentes los ejemplos de cesiones de créditos, que van desde casos con grandes cantidades en juego, con presencia de grandes fondos y, en no pocas ocasiones, grandes empresas, a supuestos de compras masivas de créditos de menor entidad.

f) SEGUROS DE DEFENSA JURIDICA.- En cuanto al seguro de protección o defensa jurídica se encuentra regulado en la Ley de Contrato de Seguro, artículos 74 y -especialmente- artículos 76 letras de la a) a la g), hundiendo sus raíces normativas en las exigencias de las Directivas Comunitarias al respecto²⁷.

Su existencia y volumen de negocio es sufi-

²⁶ Véase, entre otras, la STS n.º 624/2005, de 18 de julio, estipula que la “sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito, es admitida, con carácter general, por el artículo 1112 del Código Civil y está regulada, con carácter particular, en los artículo 1526 del Código Civil y siguientes del mismo cuerpo legal, como negocio jurídico, sea o no contrato de compraventa, y supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho que el anterior, permaneciendo incólume la relación obligatoria”

²⁷ Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados

cientemente conocido en el sector asegurador y por parte de la población²⁸ que no solo los suscribe con las grandes empresas aseguradoras, en relación con sus diversos ramos, sino que también acude para ello a empresas especializadas en este ramo que ofrecen productos en que la prestación de servicios profesionales se vincula con el aseguramiento de la defensa o de la reclamación ante Juzgados y Tribunales²⁹.

Expuesto lo anterior, cabe decir rotundamente que los “fondos de litigación” no se corresponden con ninguna de estas figuras, ni en sus características, ni en el “mercado” al que va dirigido, ni tampoco en el impacto que pueden producir.

No se está simplemente prestando dinero a alguien, no se están garantizando derechos de representación y defensa a quien tiene reconocido ese beneficio, no se está cediendo un derecho de crédito a otro sujeto.

Cabe decir, que algunas características de estas diversas figuras se encontraran también presentes en la actuación de los fondos de litigación, pero de un modo diferente, y sobre todo con una utilidad distinta.

Prestamos, cesiones de crédito y fondos de litigación, en distinto grado y con no pocos matices, suponen mecanismos de financiación.

La interacción entre quién financia y el financiado es distinto en cada uno de esos casos, mas allá de lo que se derive de las cláusulas del concreto contrato que se suscriba.

Los fondos no sucederán al litigante en la relación procesal, como puede ser el caso en las cesiones de crédito.

Los prestamistas entregarán un dinero al litigante, pero no garantizarán a la contraparte pagar las costas, en el caso de que el prestata-

rio pierda el pleito, circunstancia que les aleja de los fondos de litigación, como habrá lugar de comentarse más adelante.

En cuanto a los casos de justicia gratuita, pro bono e incluso los seguros de defensa jurídica, al igual que ocurre con los fondos de litigación, conllevan ciertos filtros en que, de una u otra manera, se valora la prosperabilidad de la acción o de recurso del que se trate.

Obviamente, los fondos de litigación no tienen obligación de aceptar la propuesta de quien pretende obtener financiación, y, si lo hace, las partes determinarán la suma que entrega y lo que espera obtener el fondo.

El fondo de litigación puede simplemente rechazar la invitación a invertir (salvo que, al recibir la petición de financiación, se pactara alguna circunstancia sobre la respuesta, por ejemplo, en cuanto a tiempo y forma).

Eso también puede ocurrir en los casos de justicia gratuita o seguro de defensa jurídica, aunque, a diferencia de los fondos, de un modo reglado, motivado.

Al margen de que no se cumplan los supuestos de hecho, entiéndose, los recursos con que cuente el litigante, o las coberturas pactadas en la póliza, de uno u otro modo puede vincularse el rechazo con la insostenibilidad de la acción o el recurso.

En el caso del beneficio de justicia gratuita, a ello se refieren los artículos 32 y siguientes de la Ley 1/1996³⁰.

Basta su lectura para comprender que deben existir no uno, sino diversos dictámenes, fundados en Derecho, para avalar dicha inviabilidad, insostenibilidad. Así se expresa en el artículo 32 (“Cuando el Abogado designado para un proceso considere insostenible la pretensión que pretende hacerse valer, deberá comunicarlo a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, dentro de los 15 días siguientes a su designación, exponiendo los motivos jurídicos en los que fundamenta su decisión”) y en el siguiente, artículo 33 (“Formulada la insostenibilidad de la pretensión, la Comisión recabará del Colegio de Abogados un dictamen sobre su viabilidad que

28 Cabe decir que, como se afirma en el artículo publicado en 21 de enero de 2020 en “EconomistJurist” El seguro de defensa jurídica: análisis jurisprudencial y comparativa entre los artículos 74 y 76 LGS, pese a que la comercialización de este tipo de seguro se remonta a los años 30 del siglo XX, el detalle de sus coberturas no es del todo conocido por aquellos que muchas veces pagan una prima que ampara sus coberturas. (<https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/el-seguro-de-defensa-juridica-analisis-jurisprudencial-y-comparativa-entre-los-articulos-74-y-76-lgs/>)

29 Véase también el sugestivo trabajo de VEGA COPO, Abel, “Insurtech, un cambio de paradigma que no es tal” (BIB 2020/8030)

30 Véase, el documento del ICAM al respecto del denominado “incidente de insostenibilidad”, supuestos, trámites y efectos. Dicho documento se encuentra accesible <https://web.icam.es/wp-content/uploads/2021/06/INSOSTENIBILIDAD-DE-LA-PRETENSION.pdf>

deberá emitirse en el plazo de 15 días.//Se solicitará, asimismo, informe fundado del Ministerio Fiscal cuando el dictamen del Colegio de Abogados coincidiera con el del abogado designado. Dicho informe se emitirá en el plazo de seis días”), contemplándose el nombramiento de un segundo abogado si Colegio o Fiscalía entienden que el asunto si es defendible, o rechazando la solicitud en el caso de que haya coincidencia en la inviabilidad (artículo 35, “Si el Colegio de Abogados o el Ministerio Fiscal estimaran defendible la pretensión, se procederá al nombramiento de un segundo abogado. Los dictámenes emitidos por el Colegio de Abogados y por el Ministerio Fiscal serán aportados al nuevo abogado, para quien será obligatoria la defensa. En caso de que el Colegio de Abogados y el Ministerio Fiscal estimaran indefendible la pretensión, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita desestimaré la solicitud”).

En el caso de los seguros de defensa jurídica, de modo análogo, las aseguradoras se garantizan la posibilidad de rechazar el planteamiento del litigio si consideran que el mismo no fuera viable, una suerte de “cláusula de viabilidad”, con diversas consecuencias, en relación con el resultado del litigio si finalmente el asegurado insiste en formularlo, incluso acudiendo para ello a designar libremente a profesionales ajenos a los que facilite la aseguradora (“libre designa”), y el resultado evidencia que el pleito si era viable.

La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en su “GUÍA TÉCNICA 1/2018 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES RELATIVA A LAS BUENAS PRÁCTICAS EN EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA”³¹ se refiere a estas cláusulas recordando que, sobre las mismas, “se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo 401/2010, de 1 de julio. De acuerdo con el criterio expuesto en la citada sentencia, la cláusula que permite a la entidad aseguradora la valoración de la viabilidad de la pretensión, renunciando a defender los intereses de su asegurado si considera que la reclamación es inviable o temeraria y, por tanto, reembolsar los gastos de la reclamación únicamente si el asegurado ha reclamado por su cuenta y ha obtenido un resultado favorable, ha de considerarse válida. No obstante, como se argumenta en la mencionada sentencia, y para

evitar abusos e incumplimientos, esta cláusula ha de ser interpretada necesariamente de forma razonable y, “tratándose de condiciones generales, en caso de duda imperativamente favorable al consumidor, de modo que la cláusula no dé cobijo a comportamientos arbitrarios”.

Consecuentemente, la Dirección General de Seguros considero como “buena práctica” que: “Cuando con motivo de una reclamación, la entidad aseguradora decida denegar la prestación de la asistencia jurídica por considerarla inviable, acreditará de manera detallada y justificada el motivo por el que califica la reclamación como inviable o temeraria, sin que resulte suficiente que únicamente comunique al asegurado que la entidad considera temeraria su reclamación, dándole libertad de acción. En el supuesto de que se le conceda libertad de acción, la entidad informará al asegurado, en cada caso, si se le reembolsarán los gastos de la reclamación hasta el límite previsto en el contrato, o si se condiciona este reembolso a que obtenga un resultado más favorable a sus intereses”.

De nuevo aparece y se impone el carácter fundado, motivado, del rechazo por falta de prosperabilidad de la acción o recurso que pretenda entablarse.

En el caso de la justicia gratuita, el parámetro sustantivo y formal, será la viabilidad técnica, la deontología profesional y la ley.

En el caso del seguro de defensa jurídica, pareciera que también lo será la viabilidad técnico jurídica, aunque la referencia al carácter temerario pudiera hacer pensar en razones de orden económico, a las que, de suscitarse, pueden tener otros cauces.

También será un parámetro la deontología profesional, pues habrá de informarse sobre el carácter insostenible o no del posible litigio.

Formalmente habrá de acudirse a lo pactado en la póliza y lo previsto en la Ley.

Ahora bien, en el caso del rechazo por las aseguradoras, ajeno al literalidad de la Ley 1/1996, relativa a la justicia gratuita, el “detalle” de cómo proceder en el caso de aducirse esa inviabilidad se deja en parte a lo previsto en una “guía de buenas prácticas”, instrumento más propio de las soluciones de softlaw y, en todo caso, vinculado a las facultades de supervisión de las autoridades administrativas sobre las entidades aseguradoras.

31 Accesible en https://dgsfp.mineco.gob.es/es/Entidades/Criterios%20de%20conductas%20de%20mercado1/GU%C3%8DA%20TECNICA_BUENAS%20PRACTICAS%20SEGURO%20DEFENSA%20JUR%C3%8DDICA%20%20vno-viembre%202022%20vpublicar.pdf

A estas “guías de buenas prácticas” se volverá a hacer alusión en el caso de los “fondos de litigación”.

Ahora bien, la inviabilidad valorada en los casos de la justicia gratuita o en los de los seguros de defensa jurídica tendrá ciertos mecanismos de control ex post. Por ejemplo, si el asegurado termina pleiteando y ganando aquel caso que se le dijo era inviable, en cuyo caso podrá obtener de su aseguradora el reembolso de todos o partes de los gastos.

En el caso del juicio de viabilidad que haga un Fondo de Litigación para rechazar el caso, al ser libre, incluso no solo dependiente de la viabilidad jurídica del asunto, no será controlable ex post, sino que es solo un filtro en el Fondo en que se decide internamente sobre si aceptar o no el encargo.

Ya habrá lugar de referirnos al caso en que si se acepte y la incidencia que ese “juicio de viabilidad” (diríase, “predictibilidad”) tenga en las condiciones del acuerdo entre el fondo y el litigante, y si ello es o no controlable.

g) EJERCICIO DE ACCIONES COLECTIVAS³².- Aunque por sus características se estaría haciendo referencia a algo no del todo coincidente con los fondos de litigación, a los supuestos citados cabría sumar la referencia al ejercicio de acciones colectivas en defensa de los usuarios y consumidores.

El motivo de traerlas a colación es doble, legal y real.

La Resolución del Parlamento Europeo de septiembre de 2022 por la que se impulsaba la

regulación de los Fondos de Litigación, amén de hacer alusión a la protección de quienes tengan dificultades económicas para acceder al sistema judicial en defensa de sus derechos, también se refiere a estas acciones con referencia a la Directiva comunitaria que se ocupa de ellas (Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores), largamente pendiente de transposición, hasta el punto de que, la muy reciente Ley Orgánica de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia, pretendía incorporar a su contenido la regulación de estas acciones colectivas, contemplando respecto de las mismas un nuevo “procedimiento especial” sobre “procesos para el ejercicio de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”, que abarcarían unos futuros artículos 828 y siguientes de la ley procesal civil, lo que resulto suprimido en la fase final de la tramitación de dicha Ley Orgánica³³.

A esa razón normativa se añade otra más real: el impacto de este tipo de litigios sobre el sistema judicial europeo, en general, y español en particular.

Aunque quizá habría otros muchos casos de litigiosidad masiva tanto o más conocidos (aun hay referencias parciales a alguno de esos casos en la mencionada Ley Orgánica sobre Eficiencia), en julio de 2001, el denominado “caso camiones” (al que se sumaran otros, como el “caso sobres”) ya habría aportado al ancho causal contencioso español nada menos que 6000 nuevos procesos³⁴.

32 Excediendo del objeto de este trabajo, véanse, entre otros, de MONTON GARCIA, Lidia.- “Acciones colectivas y acciones de cesación”, publicado por el Ministerio de Sanidad y el Instituto Nacional de Consumo, 2004 (https://www.dsca.gob.es/sites/default/files/31_accionesColectivas-Cesacion.pdf), la “Nota jurídica” publicada en abril de 2024 por el despacho Pérez Llorca “Novedades en el ámbito de las acciones colectivas del Proyecto de Ley Orgánica de Eficiencia del servicio público de la justicia y acciones para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios” (<https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2024/04/Nota-Juridica-Novedades-en-el-ambito-de-las-acciones-colectivas-del-Proyecto-de-Ley-Organica.pdf>), y la publicación del número 2/2024 de la Revista IEE sobre “Los riesgos de una inadecuada regulación de las acciones colectivas para la protección de los consumidores Análisis del Proyecto de Ley de transposición de la Directiva (UE) 2020/1828” (https://www.ieemadrid.es/wp-content/uploads/Revista-del-IEE-N.o-2-2024.-Riesgos-de-regulacion_acciones-colectivas_consumo.pdf), mucho más dada la aprobación al final de 2024 de dicha disposición legal.

33 Véase el texto del Anteproyecto de Ley de transposición de la Directiva, <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20acciones%20representativas.pdf>

Al respecto, cítese el post de 10 de mayo de 2023, en “HayDerecho” de M FERNANDEZ BENAVIDES, “Una primera aproximación al Anteproyecto de Ley de Acciones Colectivas” (<https://www.hayderecho.com/2023/05/10/una-primer-a-proximacion-al-anteproyecto-de-ley-de-acciones-colectivas/>)

Más recientemente, el post de 25 de diciembre de 2024, de “Augusta Abogados” “La regulación de las acciones colectivas en España” (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a77d1686-8df0-4168-9bd3-11aa174d851a>) que, tras hacer referencia al vigente artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por tanto a los sujetos a los que allí se reconoce legitimación, se refiere a la frustrada transposición de la Directiva comunitaria, y en parte a su contenido.

34 El post de 1 de julio de 2021, incluido en “Aranzadi Insignis” titulaba “Hace año y medio, con el Estado de Alarma recientemente decretado, en el seno del poder judicial

La referida Directiva comunitaria, en su artículo 10 contempla la “Financiación de las acciones de representación para obtener medidas resarcitorias”, impone a los Estados miembros que velen “porque, cuando una acción de representación para obtener medidas resarcitorias sea financiada por un tercero, en la medida en que lo permita el Derecho nacional, se eviten los conflictos de intereses y por que la financiación por parte de terceros que tengan un interés económico en el ejercicio o el resultado de dicha acción no aparte la acción de representación de la protección de los intereses colectivos de los consumidores”.

La cautela que justifica dicha afirmación se explica en el efecto que la presencia de esos financiadores puede tener sobre los derechos mismos de los financiados, por ende, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de estos financiados, que -item mas- son consumidores o usuarios de bienes y servicios lo que redundaría en la necesidad fundamental de su protección.

No se está en el caso de cesiones de créditos en las que, quien adquiere el crédito, decide sobre la acción, aceptando -por ejemplo- quitas para reducir el tiempo del litigio o evitando la incerteza de su resultado.

En estas acciones colectivas, el litigante sigue siendo el consumidor, aunque obtenga fi-

se generó un interesante (y necesario) debate acerca de cómo responder a la avalancha de litigación civil que ha surgido en el ámbito del Derecho de la competencia en España.

nanciación para litigar. Consiguientemente, la Directiva comunitaria impone que “a) las decisiones de las entidades habilitadas en el contexto de una acción de representación, incluidas las decisiones relativas a los acuerdos, no estén indebidamente influidas por un tercero de un modo que resultaría perjudicial para los intereses colectivos de los consumidores afectados por la acción de representación” y “b) (que) la acción de representación no se ejercite contra un demandado que sea un competidor del financiador o contra un demandado del que dependa el financiador”.

Las anteriores exigencias quedan reforzadas por la Directiva al obligar a los Estados miembros para que “los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas en el marco de las acciones de representación para obtener medidas resarcitorias estén facultados para valorar el cumplimiento” incluso en el caso de que surjan “dudas fundadas acerca de tal cumplimiento” de modo que dichos órganos jurisdiccionales o administrativos puedan “adoptar las medidas adecuadas” para asegurar tales objetivos, de las que la Directiva enuncia, a modo de ejemplo, “exigir a la entidad habilitada que rechace o modifique la financiación controvertida y, de ser necesario, denegar legitimación procesal a la entidad habilitada en una determinada acción de representación”. En el caso de rechazarse dicha legitimación, la Directiva aclara que ello “no afectará a los derechos de los consumidores afectados por esa acción de representación”.

C) QUE SON LOS FONDOS DE LITIGA-



CIÓN.- Volviendo a FERNANDEZ DE LA TORRE y DOMINGUEZ GUERRA, el negocio de estos fondos “consiste en financiar litigios, judiciales o arbitrales, sufragando los costes del procedimiento, a cambio de una participación en las ganancias económicas obtenidas por la parte financiada, como consecuencia de un pronunciamiento favorable”, de ahí que se orienten a aquellos asuntos en los que concurren, al menos, tres requisitos esenciales: alta probabilidad de que el pleito termine con una resolución favorable, solvencia del deudor y viabilidad efectiva de la ejecución.

Aunque habrá de volverse sobre el primero de los requisitos, conviene resaltar que, al igual que hacen a diario los abogados, los fondos de inversión valoran la viabilidad jurídica del asunto, pero también la económica, es decir, la correlación entre lo que se quiere obtener y lo que cuesta obtenerlo, y las posibilidades reales de que aquello que se fije en Sentencia pueda concretarse en un beneficio real, y no solo en una frustrante resolución favorable, sin efectos prácticos. La proverbial tensión entre “el fuero” y “el huevo”.

En el marco del IV Congreso de la Abogacía Aragonesa, celebrado en 21 y 22 de junio de 2022, se dedicó una sobre “los fondos de litigación” que corrió a cargo tanto del Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera, D. Marcos Camacho, como del joven emprendedor D. Ángel Guirao, que explicaron que “en España, no existe una regulación específica, al margen del art. 1.255 del Código Civil o e forma similar los artículos 239 a 249 del Código de Comercio”, describiéndose su labor como “El método de los fondos de arbitraje consiste en financiar los costes del posible demandante (abogado, procurador, perito, etc) y también las costas en caso de perder. Si la demanda o el arbitraje tienen éxito, el fondo de litigación financiador, recibiría un porcentaje de la cantidad reclamada que hoy en día en la práctica se encuentra entre el 15 y el 50%, o bien un múltiplo de la inversión. En caso de derrota en el juicio o arbitraje el fondo financiador perdido toda su inversión. Es por ello, explicó, que la selección de los clientes juega un papel muy importante, debiéndose realizar un due diligence al comienzo del proceso y en las primeras entrevistas entre el fondo de litigación y el cliente”³⁵

D) REGULACION DE LOS FONDOS DE LITIGACION.-

a) SUPUESTA ANOMIA Y ATIPICIDAD.- La aparición y desarrollo de estos fondos de liti-

gación rápidamente suscito la cuestión relativa a su regulación, debate que se plantea a uno y otro lado del Atlántico³⁶, siendo objeto de atención del Parlamento Europeo.

La ausencia de una regulación específica³⁷ no parece que haya frenado la aparición y desarrollo del fenómeno, aunque solo fuera porque lo no prohibido está permitido y nuestro Derecho permite albergar contratos atípicos, que se conforman con elementos de otras figuras jurídicas, a los que se añaden aportaciones de otros sistemas jurídicos, en la medida en que, las empresas que “comercializan” estas aportaciones económicas, llegan a España con parte de su “know how”, sus “códigos de buenas prácticas”³⁸, etc.

³⁶ Es fácil hacer referencia al distinto enfoque regulatorio desde el punto de vista geográfico, pero ese enfoque también es distinto según que nos encontremos ante sistemas legales continentales o de common law (de hecho, aunque se alude a ambas orillas del océano Atlántico, la referencia geográfica debería ser más global dado que el fenómeno de los fondos de litigación también se origina en Australia, es decir, en otro país con sistema de common law). Incluso habría de tomarse en consideración si su regulación viene dada por el impacto en el propio sistema judicial o desde el punto de la solución arbitral de controversias. Las diferencias legales y los distintos sistemas judiciales son un factor relevante para la comprensión de la operativa de estos fondos. A este cuestión se volverá más adelante, aunque en si mismo influye igualmente en la posibilidad de regulación comunitaria, en la medida en que afectando a la tutela judicial efectiva, también influye en las decisiones que cada Estado miembro puede adoptar en atención a las singularidades de sus respectivos sistemas legales y procesos.

³⁷ En una entrevista publicada en el Diario Cinco Días del 12 de septiembre de 2024, Ignacio Díez-Picazo se muestra partidario de regular estos fondos, al mismo tiempo que las acciones colectivas, poniendo de manifiesto los retos a los que se enfrenta la justicia (<https://cincodias.elpais.com/legal/2024-09-12/ignacio-diez-picazo-hay-que-regular-los-fondos-de-litigacion-a-la-vez-que-las-acciones-colectivas.html>)

³⁸ Ya Eduardo Vicente Chulia, en su ASPECTOS JURIDICOS DE LOS CONTRATOS ATIPICOS, explica que, “el auge deviene de los años sesenta. Entre las causas podemos destacar: a) la influencia del derecho anglosajón, con nuevas formas de contratación que por su sentido pragmático y eficaz se introducen en Europa: Leasing, Franquicia, Factoring, etc.; b) los avances tecnológicos que imponen nuevos usos; c) el fomento del comercio exterior y de los intercambios entre naciones, viéndonos obligados a aceptar fórmulas desconocidas por nosotros; d) la paulatina disminución del comerciante individual y su sustitución por la empresa y las sociedades mercantiles, con las exigencias que ello reporta: programación a larga distancia, contratos para intercambio o compra de tecnología, utilización de patentes,...; e) y por último la obsolescencia de los Códigos Civil y de Comercio con más de 100 años de existencia que en forma alguna pudieron prever la revolución industrial y tecnológica ocurrida en el mundo a partir de la Segunda Guerra Mundial” (véase, <https://vlex.es/vid/contratos-atipicos-248593>)

³⁵ Véase, <https://www.navarrollimaabogados.com/noticias/los-fondos-de-litigacion/>

En todo caso, esa falta de una específica regulación puede sembrar la semilla de cierta inseguridad jurídica, facilitar la toma de una desproporcionada posición de ventaja del financiador respecto del financiado y tener efectos no siempre deseables en el propio sistema judicial.

En los siguientes apartados habremos de hacer especial referencia al Derecho comunitario, aunque también puede ser de utilidad incluir algunas pinceladas sobre la situación del debate que sobre estos fondos Estados Unidos.

En ambos casos se observa como al observar (o al pensar en regular) estos fondos debe tenerse presente su específica naturaleza y función, que no son sino fondos de inversión, es decir, un instrumento de financiero, aunque, dado su concreto objeto, que versan sobre un ámbito tan sensible como el de la resolución de controversias, singularmente su resolución judicial, de modo que a la mera regulación financiera se suman otras cuestiones de hondo calado por estar vinculadas al derecho de defensa, a la tutela judicial efectiva, al núcleo -por tanto- de un Estado de Derecho.

b) ALGUNAS REFERENCIAS AL ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO NORTEAMERICANO.- En marzo de 2024, Jerry THEODORU publicaba un post online con el título “*Time to Shine Light on Dark Third-Party Litigation Funding*”³⁹. La cuestión va mas allá de la necesidad de regular la exigencia de que los acuerdos de financiación puedan ser conocidos por el Juez (el autor cita las recientes iniciativas legales en ese sentido de Indiana o West Virginia), sino incluso a vincular la necesidad de mayor transparencia con los riesgos que puedan suponer para la seguridad nacional.

Estos fondos no son solo la nueva honda en manos de nuevos David, también pueden ser el freno a que las disputas acaben con acuerdos,

Véase también, PAREJO GAMIR, R (“Contratos administrativos atípicos”, Revista Administración Pública núm. 55, 1968 pgs 383 y ss, accesible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/225581968055383.pdf>), recordando la diferencia entre innominados y atípicos, afirma que “Contratos atípicos son aquellos que carecen de nomen iuris, es decir, de regulación legal específica, y no subsumibles, por tanto, en uno de los tipos claros establecidos por la Ley civil. El problema esencial que presentan, por tanto, es el de la determinación de la normativa aplicable. El desarrollo de la vida económica y social acaba siempre por desbordar el marco jurídico que intenta alcanzarla. Máxime en una materia tan expansiva y a la que siempre se le ha dado un carácter dispositivo”

39 <https://www.rstreet.org/commentary/time-to-shine-light-on-dark-third-party-litigation-funding/>

pues, en virtud del contrato de financiación, quien controla la transacción no es el litigante “aparente”, sino el financiador, hasta el punto de que la presencia en el sector de la litigación de fondos soberanos ha llevado a un miembro del Senado norteamericano a escribir al Abogado General para trasladarle “grave concern about the growing threat to national security from foreign entities funding litigation in our nation’s courts”.

El post se detiene en hacer referencia a alguno de estos fondos soberanos e incluso cita algún caso reciente que termino derivando en una posible acción disciplinaria respecto de los abogados que intervenían en el caso, abogados seguramente atrapados entre los intereses de su cliente en el litigio y aquel que controla el mismo en virtud del acuerdo de financiación (“In November 2023, Delaware Chief Judge Colm Connolly wrote a scathing 105- page in *Nimitz Technologies v. CNET Media*. The case involved and two LLCs established as shells by IP Edge LLC, a self-described patent monetization firm. In his decision, Connolly indicated that he would refer Edge lawyer to legal ethics official- sin the attorneys’ respective states disciplinary action, as well as to the Department of Justice and the U.S. Patent and Trademark Office. Importantly, above and beyond the financial costs experienced by defendant trolls put a on creativity and entrepreneurialism by discouraging genuine creators and inventors from making products that may capture the interest of trolls”).

M. VAIDEHI, en 25 de noviembre de 2024, en “Find Law”, publica “*Third-Party Litigation Funding Faces Federal Scrutiny*”⁴⁰, en el que, en la misma línea que THEODORU, se hace eco de las propuestas de regulación (“Congressman Darrell Issa has introduced proposed federal legislation called the Litigation Transparency Act of 2024 (<https://issa.house.gov/media/press-releases/issa-introduces-discussion-draft-legislation-reforming-third-party-financed>). This bill aims to increase transparency in the litigation finance industry by mandating the disclosure of thirdparty litigation financing in civil lawsuits. It targeted the growing influence of undisclosed funders, such as hedge and sovereign wealth funds, particularly in intellectual property litigation. The legislation seeks to enhance transparency and deter exploitation of the legal system,

40 <https://www.findlaw.com/legalblogs/greedy-associates/third-party-litigation-faces-federal-scrutiny/#:~:text=This%20bill%20aims%20to%20increase,particularly%20in%20intellectual%20property%20litigation.>

as well as address national security concerns linked to foreign-backed funders, including those from China...” a lo que se suma la atención de las instancias judiciales, ya que –explica el autor- “in October the U.S. Supreme Court’s Advisory Committee on Civil Rules agreed to take up for consideration the issue of third-party financing. This was after calls by big companies and the U.S. Chamber of Commerce urged the committee to consider amending the Federal Civil Rules of Procedure”.

Como concluye David LAT en su post para Bloomberg Law News de 6 de noviembre de 2024, “*Litigation Funding Is Here to Stay, But Faces New Challenges*”⁴¹. La importancia económica de estos nuevos “jugadores” es imparable, pues –como expone el autor- en un comienzo, los propios despachos de abogados veían con escepticismo este modo de financiación, pero ello ya ha sido superado. Como significativamente anota, en 2021 Willkie Farr & Foe fue la primera gran firma que alcanzó un acuerdo con Longford Capital nada menos que por importe de 50 millones de dólares. De hecho, la situación actual –según se desprende del trabajo de LAT- es la de la continua llegada de mayores cantidades de dinero, citando un informe de Budford Capital de 2019, “flooding lawyers –dice- with capital”, lo que exige un proceso de maduración de estas inversiones para ajustar sus costes y resultados.

En la misma línea que David LAT, explicando el importancia real de estos fondos en la ac-

tuación de los despachos de abogados, puede verse el post de la web de Thomson Reuters Institut, de 1 de julio de 2024, “*Forum: Challenges of navigating and negotiating litigation funding*”⁴² que, además, clasifica los tipos de fondos en tres categorías: “dedicated funders that specialize in litigation finance, multi-strategy funders – usually hedge funds with dedicated litigation finance desks – and ad hoc funders that occasionally participate in the litigation finance space. funders are publicly traded companies while others are privately funded, leading to differing investment criteria and capital deployment pressures. In addition, each funder may have its own unique approach and areas of specialization”.

Ya se ha citado la web de la US Commerce Chamber (Institute for Legal Reform)⁴³, pero debe volver a hacerse dado que en sus publicaciones viene a complementar e incluso a introducir algunos comentarios críticos con las previamente expuestas sobre los riesgos y la necesidad de mayor regulación (los límites de la autorregulación) y control de estos fondos (lo que no siempre significa nuevas regulaciones sino el empleo de conceptos e instituciones ya conocidas).

En esa misma web de la US Commerce Chamber se citan otros trabajos, como el de agosto de “*Grim Realities: Debunking Myths in*

41 <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/litigation-funding-is-here-to-stay-but-faces-new-challenges>

42 <https://www.thomsonreuters.com/en-us/posts/legal/forum-negotiating-litigation-funding/>

43 <https://instituteforlegalreform.com/what-you-need-to-know-about-third-party-litigation-funding/>



Thrid Party Litigation Funds” que expone con claridad que lejos de la imagen que quieren transmitir las gestoras de los fondos, “the myth -dice- that their industry is a benign force that enhances access to justice”, sin embargo, siguen existiendo lo que calificaría de preocupante patrones, que abarcan desde el control que el financiador ejerce sobre el litigio, la presencia de capital extranjero al cálculo de la parte que recibe el financiador que, en alguna ocasión puede ser excesiva en proporción con la que obtiene el que aparece como litigante.

Por citar solo alguno de los aspectos que derivan de la cuestión sobre quien controla realmente el litigio, ya en enero de 2023, en “*Selling out: the dangers of allowing nonattorney investments in Law firms*” en que refiere la regla 5.4 de la American Bar Association’s Model Rules of Professional Conduct, según la cual se prohíbe a los no abogados adquirir firmas de abogados.

c) LA DECISION DEL PARLAMENTO EUROPEO DE SEPTIEMBRE DE 2022.- Volviendo a lo hecho por el Parlamento Europeo, el 3 de octubre de 2022, el Diario La Ley publico online un artículo de Javier CENTENO y Sonsoles TARJUELO, cuyo título ya es resaltable, “¿Hacia una directiva que regule la financiación de litigios?: la resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2022”⁴⁴

Los autores de este artículo comienzan su noticia sobre la Resolución del Parlamento Europeo ofreciendo cifras sobre el impacto económico en Europa de estos Fondos, que -según dicen- en 2019 alcanzaba ya el billón de euros⁴⁵

La Resolución del Parlamento propone la adopción de una Directiva que pivota sobre los dos aspectos ya anticipados, por un lado, la regulación, autorización y supervisión de estos fondos, y, por otro, en el contenido de los acuerdos de financiación entre estos fondos y los litigantes, y -con ello- su posible control.

Como explican CENTENO y TARAJUELO, el

⁴⁴ Aunque también puede accederse a este artículo a través de la website del despacho Pérez Llorca, vease, <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2022/10/11/hacia-una-directiva-que-regule-la-financiacion-de-litigios-la-resolucion-del-parlamento-europeo-de-13-de-septiembre-de-2022>

⁴⁵ “El Economista” publica un artículo de Eva Díaz, en 15 de junio de 2023, bajo el título “Los fondos de litigación y aseguradoras de costas miran a España para crecer” <https://www.eleconomista.es/legal/noticias/12326012/06/23/los-fondos-de-litigacion-y-aseguradoras-de-costas-miran-a-espana-para-crecer.html>

contenido de estos acuerdos (y su carácter obligatorio, con independencia de los sujetos financiados) es uno de los aspectos más polémicos de la Resolución del Parlamento Europeo, pero es que además, la recomendación incluye la necesidad de informar por parte de los litigantes, al órgano jurisdiccional concernido, de la existencia de un concreto acuerdo con un fondo de inversión, incluso a los fines de que ese órgano jurisdiccional pueda pronunciarse al respecto.

Si bien la Resolución del Parlamento Europeo se adoptó al amparo del artículo 225 del Tratado de Funcionamiento Europeo, por lo que no vincula a la Comisión Europea, parece que en si misma se convierte en un hito de inevitable examen, por mucho que se solape con ella la regulación de las acciones colectivas de los consumidores, objeto de la correspondiente directiva comunitaria y, por ende de la necesidad de transposición en España.

d) ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LOS FONDOS DE LITIGACION.- La referida Resolución incorpora texto de propuesta de Directiva, cuyo artículo 1 enuncia el objeto y finalidad de la misma, que sería establecer “normas comunes mínimas aplicables a los terceros financiadores de litigios y sus actividades autorizadas” y ello para instaurar “un marco para apoyar y proteger a los demandantes financiados y a los beneficiarios previstos, incluidos, cuando proceda, aquellos cuyos intereses estén representados por entidades habilitadas, en procedimientos financiados total o parcialmente mediante financiación de litigios por terceros”, así como establecer “salvaguardias para evitar los conflictos de intereses, la litigiosidad abusiva y la asignación de retribuciones monetarias desproporcionadas a los financiadores de litigios, velando al mismo tiempo porque la financiación de litigios por terceros permita adecuadamente el acceso de los demandantes y los beneficiarios previstos a la justicia y garantizando la responsabilidad empresarial”.

Esta regulación, desde el punto subjetivo, se limita a aquellos que “con carácter comercial financien litigios (en lo sucesivo, “financiadores de litigios”)”, es decir, quedan fuera de la misma aquellos que, por otras razones, cabría decir, que “esporádicamente” faciliten recursos económicos a un litigante.

En este sentido, se aclara que se entiende por “financiador de litigios”, toda empresa mercantil que celebre un acuerdo de financiación por terceros en relación con un procedimiento,

a pesar de no ser parte en dicho procedimiento, ni abogado ni otro profesional del Derecho que represente a una de las partes en el procedimiento, ni prestador de servicios de seguros regulados a una de las partes en el procedimiento, y que tenga el objetivo principal de obtener rentabilidad de la inversión consistente en aportar financiación, u obtener una ventaja competitiva en un mercado específico”, diferenciándolo de la figura del “demandante”, el “beneficiario previsto”, o la “entidad habilitada” (figura especialmente relevante en el caso de las acciones colectivas).

Por otro lado, la misma propuesta de Directiva matiza que “cuando los financiadores de litigios también sean prestadores de otros servicios jurídicos, financieros o de gestión de siniestros que estén supervisados por otra autoridad en la Unión, la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualquier sistema de supervisión y autorización que exista en relación con esos otros servicios”.

Desde el punto de vista objetivo, la normativa que se propone afecta a los “acuerdos comerciales de financiación por terceros (en lo sucesivo, “acuerdos de financiación por terceros”), independientemente de la naturaleza de las acciones correspondientes”, es decir, sin que se limite a acciones en materia de protección de los consumidores (o de otra naturaleza).

De hecho, se aclara que ello es así, “sin perjuicio del Derecho internacional, de la Unión o nacional vigente que permita el ejercicio de acciones, en particular la legislación en materia de protección de los intereses colectivos de los consumidores y de protección del medio ambiente y la legislación que rige los procedimientos de insolvencia o por responsabilidad”.

También en este punto se concreta lo que se entienda por “acuerdo de financiación” que sería aquel, “en virtud del cual un financiador de litigios acuerde financiar la totalidad o una parte de los gastos del procedimiento a cambio de percibir una parte de las cantidades monetarias reconocidas al demandante o una retribución vinculada a la resolución favorable del litigio, a fin de reembolsar esa financiación y, en su caso, cubrir la remuneración del servicio prestado atendiendo total o parcialmente al resultado del procedimiento; esta definición incluye todos los acuerdos en los que se estipule esa retribución, tanto si se ofrece como un servicio independiente o si se obtiene mediante adquisición o cesión de crédito”.

Debe destacarse además que la actuación de estos financiadores no se limitara solo a procedimientos judiciales, pues la propuesta del Parlamento Europeo abarca “todo litigio de carácter civil o mercantil, nacional o transfronterizo, o procedimiento voluntario de arbitraje o mecanismo alternativo de resolución de litigios, a través del cual se solicite una medida resarcitoria ante un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa de la Unión en relación con una controversia”, pudiendo ser competencia de “un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa, un tribunal de arbitraje u otro organismo que tenga encomendado la resolución de un procedimiento con arreglo al Derecho nacional”.

Descrito el objeto y finalidad, la propuesta de Directiva se abre en dos grandes apartados, el primero el de la autorización y supervisión de estos fondos, y el segundo, los acuerdos de financiación que se alcancen con los demandantes y la actuación de los mismos en los procesos concretos.

e) INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN LA IMPLANTACION Y FUNCIONAMIENTO DE LOS FONDOS DE LITIGACION.- En cuanto a la autorización y funcionamiento de los fondos de litigación, la propuesta del Parlamento Europeo contempla que en aquellos países de la Unión que se permita la implantación de estos fondos, los Estados miembros habrán de crear un sistema que, a través de la autoridad de supervisión independiente, se encargue de la autorización, la suspensión y revocación de autorizaciones, supervisando periódicamente (al menos, cada año) las actividades de estas entidades financiadoras de litigios dentro de su territorio.

Las autorizaciones concedidas por unos Estados pueden ser reconocidas por otros Estados de la Unión.

Para la obtención de la tan repetida autorización se requerirá que la entidad financiadora ejerza su actividad (a) “desde un domicilio social situado en un Estado miembro y soliciten y mantengan una autorización en ese mismo Estado miembro; b) que se comprometan a celebrar acuerdos de financiación por terceros de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se ha de desarrollar el procedimiento previsto o, si fuera diferente, del Estado miembro del demandante o de los beneficiarios previstos”; c) que demuestren, a satisfacción de la autoridad de supervisión, que disponen de procedimientos y estructuras de gobernanza para garantizar el cumplimiento perma-

nente de la presente Directiva, de los requisitos de transparencia y de las relaciones fiduciarias que contempla la presente Directiva, y que han establecido procedimientos internos para prevenir los conflictos de intereses entre ellos y los demandados en los procesos en que esté implicado el financiador de litigios; d) que cumplan con los requisitos de adecuación de capital establecidos en el artículo 6; y e) que demuestren a la autoridad de supervisión que disponen de la gobernanza y los procedimientos necesarios para garantizar el cumplimiento y respeto del deber fiduciario previsto en el artículo”.

Las referidas exigencias de liquidez (que podría acreditarse incluso a través de un seguro) estarían orientadas a garantizar que los fondos pueda pagar todas las deudas derivadas de sus acuerdos de financiación y a financiar todas las fases de los procedimientos que se hayan comprometido a financiar.

De hecho, la propuesta de Directiva incorpora la posibilidad de que el Juzgado o Tribunal (o autoridad administrativa) que conozca del litigio pueda solicitar a la entidad financiadora una fianza que garantice estas obligaciones e incluso la posibilidad de que los Estados miembros puedan constituir un fondo de seguro específico para cubrir los costes generados por terceros que hayan litigado en la confianza de contar con la cobertura de un fondo de litigación que, sin embargo, no termina cumpliendo con el acuerdo suscrito.

Las posibilidades de supervisión de la autoridad independiente de cada Estado alcanzan a permitirles comprobar que “los financiadores de litigios disponen de procedimientos internos y de gobernanza que garanticen que los acuerdos de financiación por terceros se basan en una relación fiduciaria y que se comprometen en virtud de dichos acuerdos a actuar de forma justa y transparente y a observar un deber fiduciario de actuar en interés del demandante”.

La propuesta de Directiva contempla la posibilidad de reclamaciones ante las propias autoridades de supervisión y ante los Juzgados y Tribunales, pues “en caso de procedimientos judiciales en curso en los que participe el financiador de litigios, las objeciones formuladas por el demandado en dicho procedimiento en relación con el cumplimiento de las obligaciones de un financiador de litigios con arreglo a la presente Directiva y al Derecho nacional aplicable serán resueltas por el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa competente”.

f) ACUERDOS DE FINANCIACION Y CONTROL POR JUZGADOS Y TRIBUNALES.- Respecto de los “acuerdos de financiación”, es decir, de la actuación concreta de los fondos autorizados, lo que propone el Parlamento Europeo es que “estén redactados en términos claros y fácilmente comprensibles e incluyan, como mínimo: a) las diferentes costas y gastos que el financiador de litigios va a sufragar; b) la parte de las cantidades reconocidas en el procedimiento o la retribución que deban abonarse al financiador de litigios o a cualquier otro tercero, o cualquier otro coste financiero que corra a cargo, directa o indirectamente, de los demandantes o los beneficiarios previstos, o de ambos; c) una referencia a la responsabilidad del financiador de litigios en caso de condena en costas, de conformidad con el artículo 18 de la presente Directiva; d) una cláusula en la que se especifique que las cantidades reconocidas en el procedimiento de las que se deducirá la retribución del financiador se abonarán íntegramente en primer lugar a los demandantes, que podrán posteriormente pagar los importes acordados a los financiadores de litigios en concepto de honorarios o comisiones, conservando al menos los importes mínimos previstos en la presente Directiva; e) los riesgos que asumen los demandantes o los beneficiarios previstos, incluidos: i) la posibilidad de incremento de los costes relativos al litigio y el modo en que esto afecta a los intereses financieros de los demandantes o beneficiarios, o de ambos; ii) las circunstancias estrictamente definidas en las que puede resolverse el acuerdo de financiación por terceros y los riesgos para los demandantes o beneficiarios, o de ambos, en ese supuesto, y iii) cualquier riesgo potencial de condena en costas, incluidas las circunstancias en las que las compensaciones o el seguro relativos a dicha condena no cubran dicha exposición; f) una declaración en relación con la incondicionalidad de la financiación en relación con las fases procesales; g) una declaración de inexistencia de conflicto de intereses por el financiador de litigios”.

A las anteriores exigencias, de perfil más directamente económico, se suman aquellas relativas a la transparencia y prevención de conflictos de intereses.

Se considera que -al contemplar los acuerdos y cláusulas invalidas- se impone que no sea válido permitir que los financiadores de litigios “influir en las decisiones de los demandantes en el curso del procedimiento de modo que resulte beneficiado el propio financiador de litigios en detrimento del demandante” y se añade que “a tal fin, las cláusulas de los acuerdos de financia-

ción por terceros que concedan a un financiador de litigios la facultad de adoptar decisiones relativas a los procedimientos, o influir en ellas, no surtirán efectos jurídicos”, concretando el texto de la propuesta que “No surtirán efectos jurídicos las cláusulas o acuerdos que consistan, en particular, en: a) el otorgamiento, a un financiador de litigios, de la facultad explícita de adoptar decisiones durante el procedimiento o de influir en ellas, por ejemplo en relación con las pretensiones concretas, la solución del litigio mediante transacción o la gestión de los gastos relacionados con el procedimiento; b) la aportación de capital, o de cualquier otro recurso con valor monetario, en relación con un procedimiento cuando esté supeditada a la aprobación de su uso específico por parte de terceros financiadores”. Tampoco se entenderán válidas las cláusulas que limiten la responsabilidad del financiador en materia de costas, hasta el punto de que se contempla la posibilidad de que la entidad financiadora sea condenada solidariamente al pago de las costas, en el supuesto de que el demandante (financiado) no contara con recursos suficientes para hacer frente a las mismas.

En cuanto a la retribución que vaya a obtener la entidad financiadora, la propuesta de Directiva prohíbe que el fondo cobre antes que el propio demandante, de hecho será el litigante el que, percibida la cantidad, haya de cumplir con el Fondo en los términos del acuerdo suscrito, especificándose que “cuando un acuerdo de financiación por terceros atribuya a un financiador de litigios una parte de las cantidades reconocidas en el procedimiento que reduzca la parte que queda a los demandantes y los beneficiarios previstos a un 60 % o menos de dichas cantidades, computando todos los importes por daños y perjuicios, costas, honorarios y otros gastos, el acuerdo no surtirá efectos jurídicos”

Según el texto de la propuesta, los acuerdos de financiación deben ser comunicados al Juzgado, Tribunal o autoridad que conozca del litigio que se financia, así como –a través de este Juzgado, Tribunal o autoridad- que dicho acuerdo sea conocido por los demandados.

El Juzgado, Tribunal o autoridad que conociera de dicha controversia está facultado, de oficio o a petición de parte, para revisar el acuerdo de financiación, lo que les habilita a “dictar órdenes u instrucciones vinculantes para un financiador de litigios, como exigirle que aporte la financiación convenida en el acuerdo de financiación por terceros pertinente o que modifique

la financiación correspondiente; b) evaluar la conformidad de cada acuerdo de financiación por terceros con las disposiciones establecidas en la presente Directiva, en particular con el deber fiduciario frente a los demandantes y a los beneficiarios previstos en virtud del artículo 7, y, en caso de que se constate que dicho acuerdo no es conforme, ordenar al financiador de litigios que introduzca las modificaciones necesarias o declarar una cláusula nula de conformidad con el artículo 14; c) evaluar la conformidad de los acuerdos de financiación por terceros con los requisitos de transparencia establecidos en el artículo 13; d) evaluar si los acuerdos de financiación por terceros dan derecho al financiador de litigios a una parte injusta, desproporcionada o abusiva de las cantidades reconocidas en el procedimiento según se describe en el artículo 14, apartado 4, y anular o adaptar dichos acuerdos en consonancia; los Estados miembros especificarán que, al realizar dicha evaluación, los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas competentes podrán tener en cuenta las características y circunstancias de los procedimientos previstos o en curso, incluidos, en su caso: i) las partes implicadas en el asunto, así como los beneficiarios previstos de los procedimientos, y lo que entendieron que habían acordado respecto a la cantidad que el financiador de litigios recibiría en virtud del acuerdo de financiación en caso de resolución favorable; ii) el valor probable de las cantidades que se puedan reconocer en el procedimiento; iii) el valor de las aportaciones financieras del financiador de litigios y la parte financiada por este de los costes totales del demandante, y iv) el porcentaje de las cantidades reconocidas en el procedimiento que el demandante y los beneficiarios previstos deban recibir; e) imponer las sanciones que el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa considere oportunas para garantizar el cumplimiento de la presente Directiva; f) consultar o recabar asesoramiento de personas que cuenten con los conocimientos y la independencia adecuados para asistir al órgano jurisdiccional o a la autoridad administrativa en el ejercicio de sus facultades de evaluación, incluidos expertos debidamente cualificados o autoridades de supervisión”.

g) **MATERIALES PARA RECONSTRUIR EL MARCO LEGAL DE LOS FONDOS DE LITIGACION, INCIDENCIA DE LOS CODIGOS DE CONDUCTA.**- Se comenzaba la referencia regulatoria haciendo alusión a la ausencia de una específica normativa sobre la actuación de estos fondos, sin duda sobre los acuerdos que alcancen con los financiados y mucho menos sobre las facultades de jueces o autoridades para controlarlos.

La Resolución del Parlamento Europeo puede ser una pauta válida para una futura regulación europea, incluso para que algunos países miembros de la Unión se anticipen a ello, aprobando sus propias normas.

Mientras tanto, el enfoque legal vendrá dado por aquellas disposiciones que, en su caso, le sean aplicables, en cuanto que entidades financieras⁴⁶, así como, en su caso, desde el Código Civil o el Código de Comercio o la normativa en materia de protección de consumidores y usuarios.

⁴⁶ Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

Al respecto de estos fondos, dadas sus facultades al respecto debe consultarse la web de la CNMV, <https://www.cnmv.es/Portal/inversor/Fondos-Inversion.aspx>

Vease, GARCIA VAQUERO, Victor, LOS FONDOS DE INVERSIÓN EN ESPAÑA, Servicio de Estudios del Banco de España, documento de trabajo 9202, 1992, accesible en https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosTrabajo/92/Fich/dt_9202.pdf

Esos diversos materiales normativos servirían para construir un cierto enfoque regulatorio, con la dificultad de que los criterios normativos no serán los mismos en cuanto a las facultades de la Administración respecto de ciertos tipos de empresas (financieras), que respecto del margen de configuración de un contrato entre financiador y financiado, y mucho más en cuanto a que posibilidades de control podrían tener sobre tales acuerdos o contratos las autoridades o los jueces.

En un caso invocaremos el principio de legalidad que rige la actuación administrativa, si existe un margen de intervención pública, su cobertura legal.

En otro caso, se traerá a colación el principio de autonomía de la voluntad de las partes, pero también sus límites en la buena fe, los intereses en presencia, la protección de los consumidores, el examen de aquellas cláusulas impuestas por una parte respecto de otras...

Y, por otra parte, el entendimiento de un procedimiento como una serie de reglas a las que debe someterse el juez.



En parte por la cultura jurídica de la que provienen las empresas gestoras de estos fondos, en parte por lo “fluido” de la su funcionamiento, a esos distintos materiales y principios normativos, se añaden los Códigos de Buenas Prácticas.

Como ejemplos de tales Códigos cabe citar el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (CEA)⁴⁷, el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM)⁴⁸ y el Código de Conducta para los Financiadores de Litigios de la Asociación de Financiadores de Litigios de Inglaterra y Gales (Code of Conduct for Litigation Funders, The Association of Litigation Funders of England & Wales)⁴⁹

h) LA MENCION A LOS FONDOS DE FINANCIACION CONTENIDA EN EL PROYECTO DE LEY CON EL QUE SE ANTICIPABA LA REGULACION DE LAS ACCIONES COLECTIVAS.- Repítase que la operativa de los “fondos de litigación” no se agota solo en las acciones colectivas, si bien pueden encontrar en estas terreno abonado para su inversión, en espera de los consiguientes rendimientos.

De igual modo que la Directiva comunitaria sobre el ejercicio de las llamadas acciones colectivas hacía referencia a estos fondos, el Proyecto de Ley Orgánica de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de la Justicia y de Acciones Colectivas para la Protección y Defensa de los Derechos e Intereses de los Consumidores y Usuarios, que pretendió incluir la transposición de la norma comunitaria en esa amplísima reforma, incorporaba una referencia expresa a estos fondos.

Es conocido que, en el último tramo de su desarrollo parlamentario, la parte relativa a las acciones colectivas fue suprimida, de modo que lo que aquí se anotara es el contenido del precepto contemplado en aquel proyecto que había optado por incorporar lo relativo a estas acciones colectivas en un proceso especial mas de los que contempla la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵⁰.

⁴⁷ https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/bbpb_mediacion_1.pdf

⁴⁸ https://madridarb.com/wp-content/uploads/2020/04/REGLAMENTO_CIAM_DIGITAL-DEF2.pdf

⁴⁹ <https://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct/documents/>

⁵⁰ El devenir el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justi-

El artículo 850 de aquel Proyecto de Ley, bajo el epígrafe, “Pronunciamiento sobre la financiación del proceso por un tercero” contemplaba las prevenciones que el Juez o Tribunal podría adoptar ante la presencia de un fondo financiador, para evitar la correspondiente colisión de intereses y el perjuicio a los intereses y derechos de consumidores y usuarios concernidos.

Comenzaba el precepto estableciendo que “En el mismo auto en el que certifique la acción el tribunal habrá de pronunciarse, en su caso, sobre la financiación del proceso por un tercero”, añadiendo que “El tribunal rechazará la financiación por tercero si entiende que concurre un conflicto de intereses o cuando la financiación por parte de terceros tenga un interés económico en el ejercicio o el resultado de dicha acción que aparte la acción colectiva de la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”, para lo que, detalla que “Se entenderá en particular que existe una situación de conflicto de intereses cuando el demandado sea un competidor del financiador o un empresario o profesional del que dependa el financiador. El tribunal considerará igualmente que existe conflicto de intereses si advierte que las decisiones de la entidad demandante, incluidas las relativas a los acuerdos de resarcimiento, están influidas por un tercero que esté financiando el proceso, de un modo que pueda resultar perjudicial para los intereses colectivos de los consumidores y usuarios afectados”.

La consecuencia de todo ello se ofrecía en los siguientes números del precepto, según los cuales, “Si el tribunal aprecia la existencia de conflicto de intereses, requerirá a la entidad demandante para que renuncie a la financiación controvertida o la modifique en el plazo que el propio tribunal señale, que no podrá ser superior a un mes. Si en dicho plazo la entidad demandante no justifica haber procedido a la renuncia o modificación requerida, sobreseerá el tribunal el proceso o excluirá del mismo a la entidad afectada, en caso de que hubiere concurrido otra entidad habilitada al ejercicio de la acción colectiva resarcitoria a la que no afectara el conflicto de intereses. El letrado de la Administración de Justicia trasladará el auto de sobreseimiento o exclusión a la autoridad competente para la designación de la entidad afectada. 4. Del mismo modo procederá el tribunal si

cia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (121/000016) puede consultarse a través de <https://www.congreso.es>

advierde la existencia de un conflicto de intereses con posterioridad a la certificación de la acción. En tal caso, de oficio o a instancia de parte, el tribunal resolverá lo que proceda tras la sustanciación de un incidente de previo pronunciamiento, sin que en ningún caso queden afectados los derechos de los consumidores y usuarios incluidos en la acción de representación en los términos del artículo 848”.

Lo prevenido en el texto del proyecto de Ley facultaba al Juzgado o Tribunal para acceder al contenido del acuerdo de financiación y a valorar si el mismo resultaba no solo contrario a los intereses y derechos de los consumidores afectados, sino incluso si el mismo pudiera resultar “desproporcionado”, entiéndase, a favor de los fondos financiadores.

De este modo, decía el texto del proyecto, “El tribunal también podrá solicitar al demandante la aportación del contrato de financiación, al efecto de comprobar las consecuencias que sus términos tendrían sobre los consumidores y usuarios afectados por la acción de representación. La aportación y el examen de dicho contrato se harán en una comparecencia, a la que serán citadas todas las partes y el propio financiador, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 283 bis b) en el caso de que el tribunal considerase que se trata de información confidencial. Si considera que los términos del acuerdo de financiación son desproporcionados en perjuicio de los consumidores y usuarios afectados por la acción colectiva, el tribunal requerirá a la entidad demandante y al financiador para que lo modifiquen en el plazo que el propio tribunal señale, que no podrá ser superior a un mes. En dicho plazo podrá igualmente la entidad demandante renunciar a la financiación en cuestión o aportar un acuerdo de financiación con un financiador diferente, en cuyo caso resolverá el tribunal lo que proceda”

No es momento aquí de comentar el efecto sobre el desarrollo de estos fondos de financiación de alguna otra de las previsiones regulatorias del proceso especial propuesto, lo que si resulta claro es que, ni se pretendía hacer una regulación global y autónoma de estos fondos, limitándola a la incidencia de su actuación en el caso de las acciones colectivas, ni se regulaban más que alguno de los varios problemas que suscitan estos “new players”.

i) QUIENES ACUDEN A ESTOS FONDOS DE LITIGACIÓN Y EN QUE CASOS.- La propia descripción de que sean o no estos fondos se ha realizado comenzando con la referencia a aque-

llas personas que carecen de capacidad económica para litigar, porque la primera impresión del ciudadano de a pie sería la de que, estos fondos tienen como única razón de ser, allegar capital a quien carece de medios suficientes para pleitear.

Si se empezaba por estas posibles personas con escasos recursos, se ha terminado correlacionando fondos y acciones colectivas en materia de consumo, como si estos financiadores se limitaran a aportar capital para sostener estas.

Como en tantas ocasiones, la realidad es mucho más compleja, de modo que estos fondos de litigación cuentan con clientes que van desde justiciables con escasa capacidad económica a grandes empresas.

Es decir, estos fondos no se ven abocados ni solo a la financiación de sujetos individuales con recursos limitados, ni tampoco a la defensa colectiva de consumidores (como pudiera inicialmente parecer), sino que estos fondos pueden orientar sus estrategias de inversión a grandes empresas ajenas a esos problemas financieros, a esa estructura colectiva o una litigación en ámbitos sustantivos muy específicos.

En los “Encuentros” organizados por la Fundación Aranzadi y Esade Law School, a los que se ha hecho referencia líneas atrás, José Julio FIGUEROA, a la sazón, director general del Área Asesoría Jurídica en Acciona expuso que las empresas de “gran tamaño” acudirían a estos Fondos “porque este tipo de transacciones permiten mitigar riesgo y a la vez a la empresa le permite optimizar activos”⁵¹ mientras que -decía también Figueroa- para las “empresas pequeñas” estas inversiones cumplen con “uno de los objetivos más nobles que es posibilitar y facilitar el acceso a la Justicia a quien no dispone de medios suficientes para competir en igualdad de recursos con jugadores más grandes”.

En un caso o en otro, estos Fondos ofrecen una serie de ventajas sobre las que, a su vez, pivota la elección de los casos en que invierten.

Estos fondos ayudan a profesionalizar la litigiosidad, ofreciendo una suerte de otro nivel de “externalizarían”, facilitando la labor de los pro-

⁵¹ Como se expuso en los mencionados 39 Encuentros, “Las ventajas de la utilización de un fondo de litigación son más que evidentes: evitar una serie de gastos legales, la monetización de un riesgo que analiza la viabilidad de los pleitos o el cobro del fondo que te financia el litigio cuando se produce el desembolso por parte del condenado”

pios despachos profesionales, pero sobre todo incorporan una capacidad de análisis y auditoría especialmente reforzada, ya que todos coinciden en que la elección de los asuntos a financiar dependen de que los mismos ofrezcan posibilidades de éxito.

La variedad de Fondos y de posibles clientes da lugar incluso a una cierta modelización que oriente en la elección del fondo.

En 6 de mayo de 2021, Aranzadi Insignis, publicaba un breve comentario sobre “Como elegir un fondo de litigios” que enumera cuatro criterios, que, por su interés, nos permitimos enunciar en extenso:

a) capital propio para invertir, ya que hay empresas que cuentan ya con fondos propios, frente a otras, que tendrían que captar fondos para invertir en el posible litigio;

b) estrategia de inversión del fondo, sabiendo que estas estrategias van desde el examen de la tipología de pleitos (entendiendo tipología tanto respecto de litigios uno a uno como a carteras de pleitos), al examen del tipo de inversión (pudiendo llegarse a una suerte de acuerdo con cuenta en participación, monetizando parcialmente la inversión), pudiendo concretarse que instancias quedan cubiertas, el momento de la inversión (inicial o ya con el pleito en curso), el grado de colaboración entre el fondo y el despacho que dirija el pleito (partiendo de la premisa de que el Fondo actúa como inversión no como abogado, de modo que necesita información del desarrollo del litigio y puede ofrecer colaboración técnica, pero no llega a inmiscuirse en las relaciones abogado-cliente), y sin duda por el monto de la inversión.

c) el cumplimiento de normativa aplicable y de códigos de buenas prácticas, con las dificultades que supone que en no pocos países (como es el caso de España) no existe una específica regulación, por lo que algunas de estas entidades recurren a Códigos de conducta propios de su experiencia y actuación en otros países, y

d) Conocimientos específicos y factores culturales, ya que -de nuevo- el origen de estos nuevos actores financieros tienen su nacimiento en países anglosajones es decir, de common law, de modo que debe valorarse si el fondo elegido incorpora un adecuado nivel del conocimiento no ya del idio-

ma de cada país, sino de la realidad legal y jurídica del mismo⁵².

II. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ANALITICA PREDICTIVA Y BIG DATA

A) EL “OCEANO” DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Del mismo modo que, para introducir la referencia a los fondos de litigación se traía a colación la “disputada” cita de Coolidge, para tratar sobre el funcionamiento de estos fondos y las nuevas tecnologías, habrá de traerse a colación otra cita aun más controvertida, según la cual, la mentira puede ser clasificada en tres categorías, “las mentiras, las malditas mentiras y la estadística”.

Suele atribuirse la brillante frase a uno de los grandes hacedores contemporáneos de citas, Mark Twain, aunque parece que realmente corresponde al no menos prolífico político británico, Disraeli. Tal es la discusión sobre la autoría y literalidad de la frase que queda incluida en el paradigmático trabajo de J. BIBBY, “QUOTES, DAMN QUOTES AND...”.

La “inteligencia artificial” es más que lo que se conoce como “big data”⁵³, del mismo modo que “inteligencia artificial” y “big data” es mucho mas (y diferente) que las estadísticas, aunque la frase, sea de Samuel Clemens o de Benjamin Disraeli, además de poderosa, es una efectiva advertencia sobre las interacciones entre las nuevas tecnologías y los sistemas de solución de controversias, en particular, el sistema judicial.

Seguramente la mayoría del público coincidiría en decir que la aparición de la denominada

52 Véase, GRAGERA, Fernando “Cómo elegir a un fondo de litigios” en LegalToday.com, de 5 de mayo de 2021 <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/como-elegir-a-un-fondo-de-litigios-2021-05-05/>

53 Resulta aclaradora la imagen (figura 1) que GONZALEZ CABENES, F y DIAZ DIAZ, N incluyen en las primeras páginas de su trabajo “¿Qué es la Inteligencia Artificial?” (pgs. 39 y ss), Capítulo Primero de la obra colectiva INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SECTOR PÚBLICO. RETOS, LÍMITES Y MEDIOS. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2023, coordinada por Eduardo GAMERO y Francisco L. PEREZ GUERRERO.

GONZALEZ CABANES y DIAZ DIAZ dibujan un conjunto de círculos y una columna que se inserta en los mismos, de modo que los atraviesa. La columna corresponde al concepto de “big data”, los círculos (del exterior mayor al interior menor) corresponden a “inteligencia artificial”, aprendizaje automático”, “redes neuronales”, “deep learning”.

“inteligencia artificial” es un fenómeno reciente, ni siquiera propio del arranque del siglo XXI, sino incluso de la década de los veinte de esta nueva centuria. La realidad es bien distinta, pues puede decirse que su historia comenzó bien en 1943 con la publicación del artículo “A Logical Calculus of Ideas Immanent in Nervous Activity” de Warren McCullough y Walter Pitts, bien en 1950 con el artículo en “Mind” de Alan Turing, “Computing machinery and intelligence”, o incluso en 1956 con el *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence* de John McCarthy, Marvin Minsky y Claude Shannon.

En cualquier caso, bien la expresión, bien la idea que late bajo la misma, van camino de cumplir cien años⁵⁴.

Durante esos cien años, esa idea original de inteligencia artificial ha ido desarrollándose de modo tal que hoy nos encontramos ante una completa área de conocimiento, una disciplina científica, que a su vez formaría parte de un área aun más amplia, atractiva y todavía de algún modo indefinida, las llamadas “ciencias de la complejidad”, y bien es sabido que la complejidad a veces lleva a la “perplejidad”, retomando el título del trabajo auspiciado por BBVA (“*La era de la perplejidad. Repensando el mundo que conocíamos*”)⁵⁵

De este trabajo colectivo, por su relación con lo que nos ocupa, cabría destacar la aportación de Janis KALLINIKOS, “*La realidad recuperada: una investigación sobre la era de los datos*”, en el que subraya “el predominio de la cognición sobre la percepción” y lo que denomina “la preponderancia de la información y los principios computacionales en la definición de la realidad”.

Esa preponderancia de la información, de los datos, deriva en que el modo en que se perciban las cosas se enmarque en un nuevo empi-

risimo, en cuanto que percibimos esos datos como imagen de la realidad⁵⁶.

La idea de inteligencia artificial se despliega en diversos ámbitos, que van desde la aparición de concretas aplicaciones para diferentes sectores de la vida social y económica, al plano teórico del desarrollo de sus bases lógicas y tecnológicas.

Como expone COTINO⁵⁷, si ya son muchas las definiciones de lo que pudiera entenderse por “Inteligencia Artificial”, lo que en sí mismo, dificulta la labor, mucho más difícil resulta “cuando el concepto conlleva proyectar todo un régimen jurídico a un sistema de IA”, de ahí que, en ciertas ocasiones, convenga superar criterios restrictivos para abordar fenómenos que guardan elementos comunes, cuando no –permítase añadir– aun se encuentran en plena evolución tecnológica y regulatoria.

Mary Clare JALONICK y Matt O'BRIEN, firman para Associated Press una noticia de 13 de septiembre de 2023. El título de la pieza es “Tech industry leaders endorse regulating artificial intelligence at rare summit in Washington” y da cuenta de la inusual reunión celebrada en el Senado norteamericano, a puerta cerrada, con presencia de políticos, los más altos ejecutivos de las grandes tecnológicas y juristas. El objeto de la reunión era ciertamente tratar la posible regulación de la Inteligencia Artificial. En palabras del convocante, Chuck Schumer, “every single person raised their hands, even though they had diverse views”⁵⁸

Dado el carácter “oceánico” al que aboca el desarrollo de la “inteligencia artificial” abundan las definiciones, clasificaciones y referencia a ámbitos de conocimiento que aparecen vinculados o dependientes de ese macro concepto.

54 GONZALEZ CABANES y DIAZ DIAZ (“¿Qué es la Inteligencia Artificial?” ob. cit. pgs. 43 y ss) incorporan una imagen (figura 2) recopilatorio de los momentos más relevantes de la Inteligencia Artificial desde 1950 a la actualidad, precedida de dos sugestivas referencias a Descartes y a Homero, a las que no habremos de resistirnos a sumar el mítico Gólgota judaico o el “Hombre de Palo” toledano.

55 <https://www.bbva.com/wp-content/uploads/2024/07/BBVA-OpenMind-La-era-de-la-perplejidad-repensar-el-mundo-que-conociamos.pdf>

Resulta imposible leer el título del trabajo y no recordar el de otra obra fundamental para el pensamiento, “Guía de los perplejos”, de Moshé ben Maimón, Maimonides. Quizá el título no sea la única semejanza entre las cuestiones a las que se enfrentan los pensadores de aquellos y de estos tiempos.

56 Véase el interesante estudio sobre el nuevo empirismo firmado por Juan A. GARCIA GONZALEZ, “*El empirismo y la filosofía hoy*” Revista internacional de filosofía, suplemento 19/2014, que puede consultarse en <http://www.revistas.uma.es>

57 Lorenzo COTINO HUESO, “Los usos de la inteligencia artificial en el sector público, su variable impacto y categorización jurídica” en la Revista Canaria de Administración Pública número 1, junio 2023 (accesible en <https://revistacanarias.tirant.com/index.php/revista-canaria/article/view/7/7>)

58 Sin tener que apelar al tópico de la rabiosa actualidad, la lectura íntegra del artículo resulta de todo punto ilustrativo sobre las dudas sobre el grado y objeto de regulación. Accesible en <https://apnews.com/article/schumer-artificial-intelligence-elon-musk-senate-efcfb1067d68ad2f595d-b7e92167943c>

Una de esos ámbitos, disciplina o faceta sería el “Big Data” y su vinculación no con la quizá más comentada inteligencia artificial “generativa”⁵⁹ sino con su faceta “predictiva”

Siguiendo la definición a la que parece apuntar la normativa comunitaria, Inteligencia Artificial sería “un sistema diseñado para funcionar con un cierto nivel de autonomía y que, basándose en datos e insumos proporcionados por máquinas y/o personas, infiere cómo lograr un conjunto determinado de objetivos definidos por el ser humano utilizando enfoques basados en el aprendizaje de máquinas y/o en la lógica y el conocimiento, y produce resultados generados por el sistema, como contenidos (sistemas de IA generativos), predicciones, recomendaciones o decisiones, que influyen en los entornos con los que interactúa el sistema de IA” (artículo 3 del Reglamento comunitario de Inteligencia Artificial)

A su vez, Big Data sería el conjunto o conjuntos de datos, cuyo volumen, complejidad, variabilidad y velocidad de crecimiento⁶⁰ resultan factores determinantes para su captura, tratamiento, procesamiento y análisis, de modo que las nuevas tecnologías de la información permiten desarrollar esas tareas de un modo exponencialmente diferente (mejor) que a través de las formas o con las herramientas precedentes a la explosión de las tecnologías digitales.

59 Ya que en estas páginas se habla de cómo la Inteligencia Artificial puede impactar en la litigiosidad masiva, aunque la IA generativa no será objeto de estas líneas, no podemos sustraernos a la mención de cómo estas herramientas pueden agilizar tareas repetitivas, por ejemplo, elaboración de escritos. Los que ya no somos jóvenes y venimos de un mundo plagado de máquinas de escribir, papel carbón y copias en papel cebolla, y hemos convivido con las mejoras que ofrece la informática y ahora los asistentes de IA, pero, cuidado, porque estos asistentes no son un abogado de reemplazo, y en este punto valga citar una noticia publicada en “Confilegal” el 15 de noviembre de 2024, bajo el título de “*El TSJ de Navarra decide no sancionar a un abogado que presentó una querrela con la ley colombiana al usar ChatGPT*”

<https://confilegal.com/20241115-el-tsj-de-navarra-decide-no-sancionar-a-un-abogado-que-presento-una-querrela-con-la-ley-colombiana-al-usar-chatgpt/>

60 Citando de nuevo a GONZALEZ CABANES y DIAZ DIAZ (“Que es la Inteligencia Artificial?” ob cit, pag 42) Quedan incorporadas al concepto lo que en 2001 Doug Laney definió con las tres “V”, volumen (en referencia al tratamiento de grandes volúmenes de datos). - variedad (en alusión a la heterogeneidad de dichos datos, en cuanto a tipos, orígenes, etc.) y velocidad (relativa a la rapidez con la que se generan dichos datos y con la que deben ser procesados). Permítase añadir dos “C” a las tres “V”, pues la conjunción de “computadoras y comunicaciones” (C&C) han incrementado exponencial la dinámica de crecimiento de cada una de las variables de LANEY.

Pero el acento no debe ponerse solo en esa captura y gestión, sino especialmente en las posibilidades de análisis que se abren, de manera que un mayor volumen de información (en constante actualización) y una mejora en la capacidad tecnológica para su tratamiento, permite identificar tendencias, problemas y soluciones.

Es decir, la noción de “Big Data” debe ser depurada de modo, por un lado, se comprenda que estamos hablando de un concepto que supera la mera recopilación de datos, la mera estadística. Como explican Danah BOYD y Kate CROWFORD, con cita de BURKHOLDER, “Big Data not only refers to very large data sets and the tools and procedures used to manipulate and analyze them, but also to a computational turn in thought and research”⁶¹

El incremento exponencial de la capacidad para la incorporación, almacenamiento y tratamiento de datos, hace que esa tarea vaya orientada a su análisis, del que luego se derivan las aplicaciones prácticas.

Ese análisis y presentación de datos puede tener un mayor o menor componente automatizado, y las derivadas de esos datos, las decisiones adoptadas a la luz de ello, también.

Volumen de datos, su tratamiento y capacidad de análisis requieren a su vez el establecimiento de herramientas para depurar y tratar esos datos.

Las mejoras tecnológicas se desarrollan en esos distintos frentes, pues se hace necesario asegurar una mejor calidad de los datos, un adecuado proceso de gestión y luego la aplicación de mecanismos para su análisis e incluso para la exposición de sus conclusiones a quien deba atender a las mismas, aplicar y decidir.

En todas esas fases pueden estar implicadas, también en diferente grado, las máquinas, lo que -en cada una de dichas fases- suscita retos e interrogantes tecnológicos, jurídicos y aun éticos.

Las máquinas, por extensión, computadores y programas, aunque sean cosas del todo distintas, intervienen en la extracción del conocimiento, el denominado Knowledge Discovery in Data bases (KDD) de modo que a través de

61 D. BOYD y K. CROWFORD, “A Decade in Internet Time: Symposium on the Dynamics of the Internet and Society, September 2011” disponible en SSRN:<https://ssrn.com/abstract=1926431>.

algoritmos de aprendizaje automático se extrae el conocimiento inherente a los datos, refinándolo y validándolo, proceso en el que tiene lugar el ETL (Extract, Transform and Load) sometiendo a los datos a un “proceso de revisión, limpieza y transformación, para que la información sea más fácilmente extraída, y posteriormente se cargan en el sistema de aprendizaje” (sea este no supervisado, supervisado, semisupervisado y reforzado)⁶²

Como se decía, “Big Data” es más que estadística, del mismo modo que “Big Data” aplicado a “Inteligencia Artificial Predictiva” también es más que estadística, pero una las bases de su operativa abundan en los tradicionales problemas y límites mismos de la estadística predicti-

va⁶³. Los viejos sistemas de estadística predictiva, y los actuales sistemas basados en minería de datos, aprendizaje automático e inteligencia artificial, siguen precisando definir el problema al que se enfrenten, adquirir y organizar los datos que vayan a emplearse para responder a ese problema (lo que ya supone decidir cuales elegir y cuales descartar), procesar esos datos, establecer un modelo predictivo y validarlo, fase que, en muchas ocasiones, lejos de ser la meta al final de la carrera, es el momento en que introducir modificaciones en cada una de esas fases, para afinar o mejorar la herramienta, para ofrecer una predicción que resulte más útil para la finalidad que se propuso.

B) BIG DATA Y HERRAMIENTAS PREDICTIVAS: UTILIDADES.- En la constante búsqueda de términos analógicos, metafóricos, o simplemente sugestivos, el descubrimiento y aprovechamiento de datos viene uniéndose a la actividad minera, quizá porque lo importante no es ya la terea de su alumbramiento, como el valor de su explotación.

62 GONZALEZ CABENES y DIAZ DIAZ, (“Que es la Inteligencia Artificial?” ob cit pgs 47 y ss)

En los últimos meses, la prensa se ha hecho eco de la aparición de nuevas profesiones vinculadas al crecimiento de la Inteligencia Artificial, una suerte de “noticias de contrapeso” de aquellas otras en que los mismos medios de comunicación anuncian los efectos de la IA en la destrucción de puestos de trabajo. En este punto, entre las nuevas posibilidades profesionales cabe citar la de los llamados “prompt engineer” (<https://elpais.com/tecnologia/2023-03-14/el-boom-de-la-inteligencia-artificial-crea-un-nuevo-trabajo-experto-en-hablar-con-la-maquina.html>)

63 Walter SOSA ESCUDERO, “Viajar al futuro (y volver para contarlo). La ciencia detrás de los pronósticos” Ed. Siglo XXI



Según la web del INCIBE, la minería de datos sería “el proceso que trata de encontrar información útil o patrones dentro de aquellos grandes volúmenes de información donde en apariencia no existe nada útil”, o de otro modo más simple, en convertir datos sin aparente utilidad, en conocimiento”⁶⁴.

En cualquier caso, esa minería de datos puede orientarse a diversas utilidades, que pueden clasificarse, por ejemplo, desde un punto de vista temporal o desde un punto de vista sectorial o material.

Desde un punto de vista “temporal”, como aclara IBM en su post “*Que es la IA predictiva*”, “La IA predictiva se confunde a veces con la analítica prescriptiva o prescriptiva; la analítica descriptiva ayuda a las organizaciones a entender por qué ocurrió algo en el pasado, mientras que el análisis predictivo les ayuda a anticipar lo que es probable que ocurra”⁶⁵.

Desde el punto de vista sectorial o material, valgan algunos ejemplos para ilustrar lo que sea esta IA predictiva, si bien su utilización se extiende a otros muchos (finanzas, seguros, comercio...) ⁶⁶, advirtiendo se excluyen de estas páginas los comentarios sobre la salud, ámbito en que, quizá singularmente, prevención y predic-

ción encajan con la imagen del dios Jano. La prevención del desarrollo de una enfermedad necesariamente se basa en la predicción de que pueda desarrollarse.

El salto cualitativo viene dado por la predicción de que, en un futuro, se vaya a desarrollar la enfermedad, no ya con la finalidad preventiva de atajar su origen, reducir sus efectos o sus síntomas, sino simplemente, calcular si sea o no conveniente contratar con esa personas (o grupo de personas) para un trabajo, un seguro de salud, un producto financiero, etc etc

Prevención y predicción dejarían de ser facetas de un mismo sujeto bifronte, para tomar caminos, utilidades, separadas, y cobra especial importancia la llama analítica o inteligencia predictiva.

Volvamos a los ejemplos, uno vendrá de la mano del “hombre del tiempo” moderno, el otro del mundo del mercado de valores, la bolsa.

En cuanto a la meteorología, aunque determinados acontecimientos devolvieron a la actualidad las tradicionales “cabañuelas”, la predicción del clima se ha convertido en uno de los ámbitos más reconocibles del empleo de una gran cantidad de datos para su ulterior análisis, apoyado en modelos numéricos, con el que conseguir una predicción del clima, cada vez más acertada ya no en el corto plazo de horas, sino incluso de días.

Como afirman Peter BAUER, Michael C. MORGAN y Siham SBILL en “Computación y tratamiento de datos a escala extrema: el corazón del progreso en materia de predicción meteorológica y climática”⁶⁷ “Los progresos en la vigilancia del medioambiente y en la predicción numérica del tiempo y del clima han estado estrechamente vinculados con el avance de la supercomputación. Durante las últimas décadas, el aumento de la capacidad de cálculo nos ha permitido mejorar la calidad y el detalle de nuestros pronósticos incrementando la resolución espacial, aumentando el realismo de los modelos al incorporar representaciones más detalladas de los procesos físicos y más componentes del sistema Tierra, y utilizando técnicas de conjuntos para caracterizar la incertidumbre tanto de las condiciones iniciales como

64 <https://www.incibe.es/empresas/blog/mineria-datos-big-data-seguridad>

65 [https://www.ibm.com/es-es/think/topics/predictive-ai#:~:text=La%20inteligencia%20artificial%20\(IA\)%20predictiva,al%20riesgo%20y%20mucho%20m%C3%A1s.](https://www.ibm.com/es-es/think/topics/predictive-ai#:~:text=La%20inteligencia%20artificial%20(IA)%20predictiva,al%20riesgo%20y%20mucho%20m%C3%A1s.)

66 En un post del Carnegie Council for Ethics an International Affairs sobre la “Inteligencia Artificial Predictiva” se hace alusión a “Sanidad: aprovechar los datos de los pacientes para diagnosticar enfermedades y modelizar su progresión Finanzas: predecir los movimientos de los mercados y analizar los datos de las transacciones para detectar fraudes. Aplicación de la ley: aplicación de IA predictiva en sistemas de fusión de datos para investigar delitos y hacer predicciones sobre los posibles responsables. Comercio minorista y electrónico: examen de datos de ventas, estacionalidad y factores no financieros para optimizar las estrategias de fijación de precios o prever la demanda de los consumidores. Seguros: racionalización de la gestión de siniestros o previsión de posibles pérdidas para garantizar el mantenimiento de reservas adecuadas”, aunque lo más significativo de esa breve publicación no es que incida en los retos que supone el uso de esta tecnología (libertad, seguridad, derechos humanos) sino en su empleo incluso en el ámbito de la gobernanza y la diplomacia, citando al efecto otras diversas “entradas” que desarrollan la cuestión, pues la Inteligencia Artificial no solo puede hacer realidad los cinematográficos dorados robots de protocolo o traducción (ejemplo de asistentes IA) sino que puede ser empleada en sus vertientes generativa y predictiva, aunque comprendiendo sus límites técnicos y éticos.

Véase, <https://www.carnegiecouncil.org/explore-engage/key-terms/predictive-ai>

67 El mencionado trabajo aparece publicado en la pagina web de la Organizacion Metereologica Mundial, Boletín 68 (1), de 2019 <https://public.wmo.int/es/resources/bulletin/computaci%C3%B3n-y-tratamiento-de-datos-escala-extrema-el-coraz%C3%B3n-del-progreso-en>

de los pronósticos. Mejores modelos y mejores técnicas de asimilación de datos nos han permitido explotar de forma más eficiente la información disponible acerca del sistema Tierra. La asimilación de datos es computacionalmente tan costosa como la producción de pronósticos, y ese costo aumenta con la mejora de los modelos y con el aumento del volumen y la diversidad de las observaciones asimiladas. Con el perfeccionamiento de los sistemas de predicción y una mayor expectativa por parte de los usuarios de pronósticos más especializados, el volumen y diversidad de los datos de salida crecerá a ritmo similar o incluso mayor que el costo de procesamiento”.

Como explican dichos autores, la mejora en la predicción vendrá dada sobre todo por el “desarrollos adicionales en métodos matemáticos numéricos y estadísticos, así como en técnicas de programación, que permitan trasladar de forma óptima las tareas de cálculo de los modelos de predicción numérica a los nuevos tipos de procesadores emergentes”.

Complementan dicha previsión con una reflexión adicional que destaca como “big data” e “inteligencia artificial”, aun siendo realidades fuertemente interrelacionadas, sin embargo, no son plenamente coincidentes, desde luego, no en el presente momento del desarrollo técnico y no en ámbitos donde el número de variables es muy notable. No parece necesario ilustrar ello cayendo en el tópico sobre los efectos sobre el clima del vuelo de una mariposa.

Afirman BAUER, MORGAN y SBILL que “La sustitución de los sistemas de predicción basados en la física por sistemas basados en el aprendizaje profundo parece improbable debido a que el número de grados de libertad del sistema Tierra, y su no linealidad, requerirían redes neuronales muy complejas que serían difíciles de entrenar y tendrían el riesgo de ser potencialmente ineficientes al ejecutarse en ordenador (Düben y Bauer, 2018). Parte del reto que las redes neuronales deben encarar al enfrentarse a pronósticos a plazos medio, estacional o climático válidos para todo el mundo será producir pronósticos físicamente coherentes, manteniendo la conservación y los balances de flujos. El manejo de sesgos y errores en el entrenamiento de los datos añaden dificultad al reto. Sin embargo, el uso de tales técnicas en el pre proceso de datos observacionales y en el post proceso de las salidas del modelo puede ayudar a distribuir mejor a lo largo del flujo de trabajo la carga que conlleva el tratamiento de datos, a extraer información útil de grandes volúmenes

de datos de manera más efectiva y a reducir la carga computacional sustituyendo algunos componentes seleccionados del modelo de predicción por redes neuronales”.

Todo lo relativo al efecto catastrófico de ciertos fenómenos naturales resulta de especial relevancia por la incidencia que ello puede tener en que la predicción permita la prevención, aunque fuera desde el punto de vista de advertir a la población y de desplegar los medios precisos para paliar los efectos que se producirán.

Dejando al margen aquí las previsiones normativas, sus consecuencias organizativas y competenciales o las pautas técnicas para la elaboración y aplicación de planes, añádase la referencia al trabajo publicado en *IEEE Transactions on Geoscience and Remote Sensing*, “Generating Physically-Consistent Satellite Imagery for Climate Visualizations”⁶⁸

Respecto del mundo de las finanzas, desde ya hace décadas las grandes bolsas de valores desde hace tiempo vienen empleando y mejorando herramientas tecnológicas que permitan prevenir e intentar evitar grandes colapsos como el popularmente conocido como “crack del 29”.

Del “lunes”, “martes” y -especialmente- “jueves negro” del 1929 pasamos al “lunes negro”, el 19 de octubre de 1987. En aquella jornada Wall Street llegó a perder algo más de un 20%.

Suele decirse que una de las razones de todo aquello fue la utilización de programas informáticos que facilitaban el que algunas operaciones se empezaran a realizar de modo automático, en función de precios y niveles de referencia.

El problema era que aquellos programas y modelos “tendían” a la compra, bien fuera porque las acciones tuvieran un precio alto como cuando las acciones alcanzaban precios muy bajos, y que luego, esos mismos programas, dieron lugar a una tendencia general de ventas

68 “Generating Physically-Consistent Satellite Imagery for Climate Visualizations” Björn Lütjens; Brandon Leschinskiy; Océane Boulais; Farrukh Chishtie; Natalia Díaz-Rodríguez; Margaux Masson-Forsythe. <https://ieeexplore.ieee.org/document/10758300> y la noticia sobre dicho trabajo publicada en el diario español online El Debate, del 6 de diciembre de 2024, https://www.eldebate.com/sociedad/sociedad-medio-ambiente/20241206/nueva-herramienta-combinada-fisica-predice-visualmente-inundaciones-futuras_249535.html

que dio lugar a las graves caídas.

A partir de aquella fecha, por parte de la SEC (US Securities and Exchange Commission) se fueron incorporando nuevas herramientas normativas y tecnológicas (disyuntores, “restricciones comerciales” o “interruptores de circuito”) al funcionamiento de los mercados de valores. La finalidad de ello no es otra que evitar que el efecto pánico vuelva a provocar una caída de esas características.

Ciertamente Wall Street ha vuelto a sufrir importantes caídas, como la producida en 2010 (“Flash Crash”). En este caso las miradas se orientaron a los llamados “algoritmos de negociación de alta frecuencia” (HFT), y a la necesidad de ajustar los rangos de precios con los que actúan.

El análisis de datos del mercado facilita que sean los propios ordenadores, mejor, los programas informáticos, los que realicen operaciones, comprando y vendiendo acciones, pero también son los programas informáticos los que contemplan la posibilidad de paralizar la cotización en el caso de observar caídas en los mercados que pudieran ser catastróficas⁶⁹.

69 Sobre la cuestión de la incidencia de IA en el mercado de valores, véase, BELANDO GARIN, Beatriz “La inteligencia artificial en la supervisión del mercado de valores” (Revista de Derecho del Sistema Financiero num.4/2022) que, también respecto de las entidades de supervisión, es decir, no solo de los operadores en los mercados, explica la utilización de algoritmos no predictivos (RegTech) y predictivos (SuperTech), si bien respecto de estos últimos, aclara que “aun admitiéndose lo positivo de la utilización de este tipo de algoritmos predictivos en estos supuestos ha de seguir reteniéndose el factor humano, de forma que sea el funcionario quien determine si inicia o no el procedimiento administrativo, tras el informe emitido por algoritmo. Es preciso recordar que los sistemas inteligentes carecen de sentido común y de razonamiento jurídico siendo igualmente incapaces de valorar otras ramas del Derecho, o de elementos subjetivos como la voluntad de cooperar en el cumplimiento de ciertas normas. En todas las herramientas de IA que se están utilizando en el sector financiero en materia de supervisión se mantiene el factor humano, realizándose una revisión de sus resultados de la herramienta por una persona al servicio de la autoridad nacional”. BELANDO GARIN, en la exposición de esta necesidad de intervención humana, trae a colación los distintos programas empleados por la SEC norteamericana (Securities and Exchange Commission), en “la Evaluación de Riesgos de Emisores Corporativos (CIRA). El CIRA es un cuadro de mando con unos 200 parámetros que se utilizan para detectar patrones anómalos en los informes financieros de los emisores de valores corporativos. El objetivo es ahorrar de forma significativa una gran cantidad de tiempo en la fiscalización de estos informes y centrar los esfuerzos de investigación en aquellos informes “sospechosos”. La segunda es el Advanced Relational Trading Enforcement Metrics Investigation System (ARTEMIS). Es una herramienta que tiene por objeto detectar todos los casos de uso de información privilegiada en el mercado y refuerza las facultades de supervisión y vigilancia de la SEC.

De la observación de ambos ejemplos bien puede derivarse que la finalidad de las herramientas de recopilación y análisis de datos puede ser meramente predictiva, como es el caso de la meteorología, y no solamente preventiva sino también ser la base de una actuación proactiva, como podría ser el caso de las bolsas de valores.

Prevención y predicción son dos facetas difícilmente escindibles, lo deseable no es solo suponer que va a ocurrir un acontecimiento, sino sumar a ello una actuación positiva para evitar, subsanar, mitigar los efectos de lo previsto, obtener consecuencias de lo previsto para casos futuros análogos, o derivar de ello una consecuencia, una respuesta. A partir del desarrollo del Big Data e Inteligencia Artificial las cuestiones son, hasta qué punto la tecnología puede afinar la previsión y en qué medida pueden las “maquinas” evitar, subsanar, mitigar, obtener consecuencias pro futuro o derivar de ello una respuesta, y hasta que puede ello puede ser más o menos autónomo/automático, con menor o mayor presencia humana.

Del mismo modo que los programas de Inteligencia Artificial pudieran ofrecer una respuesta a partir de la información que procesen, aplicando ingeniería inversa, pudieran ofrecer previsiones de la respuesta de los humanos o de otras “maquinas”.

Repárese en el hecho de que en el caso de la meteorología, la base científica del funcionamiento del clima se encontraría en ámbitos propios de la física, pero pese a la aparente certeza de esa ciencia, la magnitud de las variables implicadas resulta un factor a considerar en la posibilidad de acierto en las predicciones.

El mundo de la economía se encuentra inmerso en el ámbito de las ciencias sociales, más allá de sus vínculos con las matemáticas. De

Se centra en los tramposos en serie y utiliza actualmente un modelo de aprendizaje no supervisado para la detección de anomalías. La tercera de ellas es el sistema Abnormal Trading and Link Analysis System (ATLAS), que se centra en las operaciones con información privilegiada en lugar de en las operaciones en serie. La cuarta y última herramienta, es el Form ADV Fraud Predictor, que ayuda al personal de la SEC a predecir qué profesionales de los servicios financieros pueden estar infringiendo las leyes federales de valores” y añade que “en todas estas aplicaciones, existe una intervención de un agente de la agencia, esto es, no se procede la activación de un procedimiento de inspección por un acto administrativo automatizado generado por alguno de estos sistemas. El personal de la agencia mantiene el control sobre la potestad de inspección que decide tras la decisión del algoritmo que pasos seguir”

nuevo, ciencias a las que atribuimos un mayor grado de certeza en su formulación y resultado, se ven retadas a convivir con las variables propias del comportamiento humano, mejor, con las variables de las decisiones de muchos seres humanos.

Son muchas las teorías propias del mundo de la economía de quienes se consideran que el precio de las acciones y las fluctuaciones del mercado pueden predecirse, las que consideran que no pueden predecirse, las que basan una u otra afirmación en criterios estrictamente económicos y las de que incorporan elementos propios del comportamiento humano. El modo en que acabamos de exponerlo es reduccionista por aludir a posiciones extremas, pues quizá lo relevante sea el “universo” de posiciones intermedias, matizadas, y valga de ejemplo, la polémica entre Robert Shiller y Eugene Fama, ambos Premios Nobel de Economía, y ambos en 2013.

La cuestión en el caso de las ciencias económicas muchas veces no se basaría exclusivamente en la posibilidad de predecir fenómenos económicos, sino en el método a emplear, en los datos a manejar esa labor e incluso en el margen de desviación que se acepte.

Dicho de otro modo, si es factible o no la mera traslación de métodos y tipo de datos empleados por las ciencias experimentales o si deben matizarse esos métodos e incorporar otro tipo de datos en el caso en que nos encontremos en el ámbito de las ciencias sociales.⁷⁰

Del mismo modo a lo que se ha expuesto sobre la posibilidad de predecir fenómenos naturaleza o el precio de unas acciones bursátiles, cabe preguntarse si es factible no ya auxiliar a la toma de una decisión de carácter legal, sino predecir el sentido de la misma, y que relación pueda tener ello con la actuación de los Fondos de Litigación (aunque, como ya se dijo, aunque a veces por razones no siempre coincidentes, estos Fondos comparten con cualquier justicia-ble y con cualquier abogado la misma pregunta,

¿puedo saber con antelación el resultado del pleito?).

Estas páginas se empezaron a escribir en el verano de 2023, en el que una película ha alcanzado un gran éxito comercial pese a presentarse como un “biopic” de un científico, OPPENHEIMER y aprovechando el éxito de dicha cinta, permítasenos citar a algunos otros científicos presentes en aquel proyecto Manhattan, cuyos trabajos sobre modelos matemáticos han cambiado la vida cotidiana de todos, y tráigase especialmente a colación a JOHN NEUMAN y STANISLAW ULAM, también con una referencia cinematográfica, en este caso, de 2020, “Adventures of a Mathematician”.

C) PREDICTIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES: LAS MÚLTIPLES ARISTAS DE UN PROBLEMA.-

Cabe reconocer que el origen más concreto de estas líneas se encuentra en el veterano y prestigioso programa televisivo norteamericano, “60 minutos”, que dedico un espacio a los Fondos de Litigación, y no tanto porque en dicho programa se expusieran diferentes facetas de la problematización de estos fondos, sino más concretamente por la fuerza de una secuencia de ese reportaje, en que, casi recordando otra de la película “El apartamento” (o, “Todos los hombres del Presidente”), el espectador puede ver una lonja repleta de personas, sentadas en sus cubículos, analizando afanosamente las peticiones de fondos. Las ruidosas viejas calculadoras o máquinas de escribir mecánicas han sido sustituidas por las silenciosas computadoras y sus poderosos programas informáticos.

Como explica el entrevistado, estas personas son abogados cuya función es revisar no ya las aportaciones de dinero, sino las peticiones de contratar con estos fondos para obtener inversiones con las que litigar.

Es fácil colegir que esa tarea de revisión habrá de abarcar desde conocer que suma puede ser necesaria, como a fijar las condiciones de esa aportación (porcentaje de retorno de la inversión, etc).

Para responder ambas preguntas nada mejor que intentar predecir el resultado del litigio.

El problema se desarrolla en dos planos.

El más general, la gran pregunta es si puede predecirse el resultado de un litigio⁷¹, de modo

⁷⁰ El asunto es tan amplio como sugestivo, cítense algunos trabajos a los solos fines de, quizá, tentar al lector de estas páginas con lectura en materias alejadas del Derecho.

Juan MORILLO BENTUE, “La metodología de Milton Friedman y la predicción en la ciencia económica” Revista Europea de Economía Política Vol. VI, n.º 1, Primavera 2009; James WEATHERALL, “Cuando los Físicos Asaltaron los Mercados” Ed. Ariel. Henry HAZLITT, “La economía en una lección”, que puede consultarse online

<https://www.hacer.org/pdf/Hazlitt01.pdf>

⁷¹ COTINO da noticia de los distintos usos de la Inte-

que, de considerarse ello posible, cuales serían los parámetros de esa predictibilidad⁷²

La cuestión de la predictibilidad de las decisiones con las que se resuelvan los conflictos es uno de los varios aspectos de interrelación entre Derecho y Nuevas Tecnologías, por mucho que sea uno de los más sugestivos.

Como explica BORGES BLAZQUEZ, “el desarrollo de aplicaciones que utilizan IA está en auge y no somos realmente conscientes de la importancia que adquirirán en el futuro... La digitalización, la implantación de la telefonía móvil y demás avances tecnológicos han facilitado una actuación reactiva de la policía. La IA y el Big Data están posibilitando almacenar miles de datos y su procesamiento con método científico nos da la posibilidad de mejorar el análisis de los fenómenos que han sucedido y comprender con qué variables se relacionan”⁷³.

Inteligencia Artificial en la Unión Europea, por parte del sector público, con alusión a los respectivos porcentajes. De los distintos apartados, con un 22% figura aquel relativo a “la investigación de Análisis, Seguimiento e investigación normativa. Se incluyen técnicas para hacer predicciones (10%), análisis de información (7%) e uso para implementar políticas (6%)” (“Los usos de la inteligencia artificial en el sector público...” Ob cit, pg 6)

72 Mercedes LLORENTE SANCHEZ-ARJONA, en “Inteligencia artificial legal y administración de justicia” (BIB 2022\3177 Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2022) de un modo crítico, aludiendo a sus riesgos, se refiere al empleo de herramientas de IA “en la fase de determinación de la pena (evidencebased sentencing o smart sentencing)”, al incorporar valoraciones de riesgo como uno de los criterios a tener en cuenta a la hora de establecer el tipo y la cuantía de la pena, con la finalidad de reducir la reincidencia”, así como también su utilización en la adopción de medidas cautelares en el proceso penal, explicando como a este respecto que “cuando un juez adopta una medida cautelar aplica un proceso cognitivo complejo “que viaja desde las estructuras teóricas basadas en la experiencia, la memoria y los cálculos estadísticos, hasta la adopción de una medida o decisión congruente con el precedente”. En ningún caso estas medidas pueden considerarse una pena anticipada, sino que responden a la necesidad de enervar o mitigar un determinado riesgo bien de fuga, bien de reiteración delictiva o bien de destrucción de pruebas, en ocasiones en una fase muy incipiente del proceso en la que deben adoptarse decisiones de extraordinaria relevancia en base a indicios no siempre suficientemente sólidos. El proceso mental que sigue un juez a la hora de tomar una determinada decisión parte de unos apoyos que se conocen como heurísticos, o lo que es lo mismo, directrices generales que se siguen por las personas para tomar una determinada decisión, produciéndose, en múltiples ocasiones, una suerte de automatismo en la toma de decisiones en relación con casos parecidos o análogos que han sido resueltos con anterioridad que, en buena parte, encuentra su justificación en la sobrecarga de trabajo a la que se ven expuestos nuestros jueces”.

73 BORGES BLAZQUEZ, Raquel, “El uso del “Big Data” en el proceso” Estudios. Inteligencia artificial y proceso penal. BIB 2021\5846 Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2021

La mencionada autora se refiere separadamente a la utilidad del “Big Data” en la fase de investigación (singularmente relevante en la jurisdicción penal, aunque no se limitaría solo a ese ámbito) y en la posible análisis (predicción) de las decisiones judiciales. “El Open Data Judicial – dice BORGES- resulta clave para obtener buenas predicciones. Las bases jurisprudenciales funcionan gracias a esto. CENDOJ (Centro de Documentación Judicial) ejemplifica lo contenido en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre sobre Reutilización de la Información del Sector Público, que transpone la Directiva 2003/98/CE de 17 de noviembre de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la reutilización de la información del sector público. El gran impulso al acceso a datos judiciales públicos, considerados como abiertos, abre la puerta a la innovación tecnológica en el sector legal por medio de técnicas analíticas de la información haciendo uso de la IA. La cuestión radica en si es base legal suficiente para utilizar el Big Data como instrumento para predecir decisiones judiciales. Siguiendo con la lógica argumental, la respuesta debería ser afirmativa. Del mismo modo que existe ya el software LEGALTECH que se basa en la analítica de datos jurisprudenciales y que empiezan a utilizar los abogados para redactar sus escritos y con ello reforzar la petición y defensa de sus pretensiones, se abre la puerta a que estos medios también sean usados por los juzgadores como apoyo para dictar sentencias en juicio. Estas opciones han sido acogidas con muchas cautelas por parte del CGPJ. Cuando se promulgó la ley el Consejo aprobó por medio de Reglamento en 2010 la reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales. No pasaría más de un año para que el TS anulase dicho reglamento por medio de la sentencia de 28 de octubre de 2011”

La posibilidad misma de acercarse a dicha predictibilidad lejos de ser una simple hipótesis, es un sector sobre el que se están volcando investigadores y empresas, con la consiguiente aparición de diversas aplicaciones con sus correspondientes nombres entreverados de acrónimos y alegorías: PROMETEA, COMPAS, WATSONX, TAX FORESIGHT, LEGAL DATA, etc.

Como explican, ORTIZ HERNANDEZ, GARRÓS FONT Y ROMERA SANTIAGO, “a pesar de las posibilidades que ofrecen los avances tecnológicos, los juzgados y tribunales españoles no utilizan ningún sistema parecido a COMPAS y las decisiones del juzgador siguen dependiendo en gran parte de la apreciación y valoración del mismo” a lo que añaden que, en octubre de 2007, entre el CGPJ y la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y

la Agenda Digital se alcanza el “Convenio marco de colaboración con el objetivo de impulsar el uso de las tecnologías del lenguaje en el ámbito de la justicia ” con la finalidad de que los profesionales puedan filtrar y encontrar documentos legislativos y judiciales con mayor agilidad e incluso compararlos con el asunto en cuestión, eso sí, siempre bajo la premisa de que el software no puede nunca ser determinante para impartir justicia ⁷⁴

Cualquier operador jurídico podría dar ejemplos de decisiones judiciales dispares, en otros tantos litigios, sobre problemas con un mayor o menor grado de similitud.

No hora falta dejar la respuesta a la mente de los lectores con experiencia procesal, y valga acudir a algún tipo de litigio de reciente actualidad, el llamado “Caso Camiones”, en 2021, se llegó a decir que en julio de 2021, habrían entrado en los Juzgados y Tribunales españoles unas 6000 demandas, se habrían fallado unas 1500 (en primera y segunda instancia) “habiéndose detectado tribunales de diferentes sedes judiciales llegando a soluciones de una enorme disparidad sobre la base de la misma prueba (no solamente la Decisión de la Comisión que dio lugar a la litigación sino también los mismos informes periciales), desde estimar un sobreprecio de más del 20% hasta declarar la total inexistencia de daño”⁷⁵.

Se nos dirá que los distintos sistemas procesales intentan defenderse de esa disonancia de resultados.

Tráigase a colación la apelación al principio de igualdad y el muy difícilmente localizable “factor (idéntico) de comparación”, también las especiales referencias al apartamiento de la doctrina jurisprudencial como base de la casación, o el impulso de los llamados “pleitos testigo”⁷⁶, o la unificación de criterios a través

currida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas sobre las que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, véase el artículo 88 de su ley de ritos (“El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna: a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido...3. Se presumirá que existe interés casacional objetivo: a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia. b) Cuando dicha resolución se aparte de la jurisprudencia existente de modo deliberado por considerarla errónea o de modo inmotivado pese a haber sido citada en el debate o ser doctrina asentada.”)

En el ámbito laboral, véase el trabajo colectivo sobre “El recurso de casación para unificación de doctrina en el Orden Social de la Jurisdicción”, coordinado por Joaquín GARCÍA MURCIA, BOE 2020 (accesible https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2020-179)

El mencionado Real Decreto Ley 5/2023, en su exposición de motivos, resalta como, singularmente en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, se pretende atajar parte de los problemas de la litigiosidad masiva a través de la figura de los “pleitos testigo”, afirmando que “se mejora el mecanismo del pleito testigo para lograr una mayor eficiencia en la gestión del fenómeno de la litigiosidad en masa. Dicha medida será de gran utilidad especialmente para la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con los miles de recursos interpuestos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los daños generados por la declaración de inconstitucionalidad de los Reales Decretos que declararon el estado de alarma por razón de la epidemia de COVID-19. Por su parte, con la finalidad de reducir la actual pendencia en juzgados y tribunales y la masiva entrada de asuntos en la citada Sala del Tribunal Supremo, se introduce la facultad de que los órganos jurisdiccionales puedan suspender los procedimientos en la instancia una vez que la referida Sala haya admitido algún recurso de casación en el que se suscite la misma cuestión controvertida que en aquellos”

En general sobre la idea de “pleito testigo” véase, “Notas sobre los llamados pleitos “testigo” y su encaje en la ley de enjuiciamiento civil Una posible solución procesal a la litigación en masa en tiempos de crisis” José María FERNANDEZ SEIJO, Revista Aranzadi Doctrinal 7/2020, también “Plan de choque de la Justicia. Hacer generalidad de la singularidad: pleito testigo y extensión de efectos Una nueva tutela del conflicto privado?” Alvaro PEREA GONZALEZ, Diario La Ley 6/7/2020 (<https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/07/08/hacer-generalidad-de-la-singularidad-pleito-testigo-y-extension-de-efectos-una-nueva-tutela-del-conflicto-privado>) y “EL PLEITO TESTIGO Y LA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LAS SENTENCIAS EN EL PROCESO DE CONSUMIDORES”, Milagros Lopez Gil (accesible en <https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/26575/EI%20pleito%20testigo%20y%20la%20extensi%20de%20efectos%20de%20las%20sentencias%20en%20el%20proceso%20de%20consumidores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>) que los define como “, consiste en la posibilidad de que presentadas ante un tribunal una pluralidad de demandas sustancialmente iguales, el órgano jurisdiccional pueda tramitar uno de los

⁷⁴ Véase, ORTIZ HERNANDEZ, Susana; GARROS FONT, Inma y ROMERA SANTIAGO, M. Nuria, “Hacia la implantación de la inteligencia artificial en nuestro sistema judicial” Revista Aranzadi Doctrinal num.3/2020.

⁷⁵ Hace año y medio, con el Estado de Alarma recientemente decretado, en el seno del poder judicial se generó un interesante (y necesario) debate acerca de cómo responder a la avalancha de litigación civil que ha surgido en el ámbito del Derecho de la competencia en España, ob cit.

⁷⁶ Mediante el Real Decreto Ley 5/2023, de de junio se ha dado lugar a una relevante reforma del recurso de casación en los distintos órdenes jurisdiccionales. Valga pues hacer referencia a que el artículo 477,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la resolución re-

de “acuerdos no jurisdiccionales” que lleva a cabo el Tribunal Supremo o la que ampararía el artículo 168 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con la reforma procesal introducida por la Ley Orgánica de Eficiencia del Servicio de la Administración de Justicia de diciembre de 2024 (“2. En todo caso, corresponde a quienes ejerzan las Presidencias de los Tribunales de Instancia: Promover la unificación de criterios y prácticas entre los distintos jueces, juezas, magistrados o magistradas del Tribunal de Instancia”⁷⁷).

Aun así, resulta notorio que en muchas ocasiones, bajo la apariencia del mismo caso, se es-

procesos con carácter preferente dejando en suspenso los demás hasta que se dicte sentencia. El inicial perjuicio que supondría la paralización, de oficio o a instancia de parte, del proceso mientras se tramita otro con carácter preferente se vería compensada con la posibilidad de que una vez dictada sentencia en ese proceso pudiese solicitarse por los demandantes de los procesos en suspenso, la aplicación de la misma sentencia”

Dado que esta figura de los pleitos testigo intento generalizarse a través del proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal, cítese también “El pleito testigo en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal” Carolina CASTILLO MARTINEZ, en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil* número 160/2023, así como el trabajo de Javier GARCIA SANZ y Miguel Angel CEPERO “El nuevo procedimiento testigo y la extensión de efectos de sentencias bajo el Real Decreto Ley 6/2023” *Diario La Ley* 10464, de 12 de marzo de 12 de marzo de 2024, o el trabajo colectivo Coordinado por Sonia CALZADA y Mercedes PRADA “El nuevo procedimiento testigo y la extensión de efectos” Ed. La Ley 2024, así como el “Dossier” preparado por Miguel ALCALA para la editorial Tirant Lo Blanch, bajo el título “El procedimiento testigo y la extensión de efectos de las sentencias” disponible online <https://prime.tirant.com/es/dosiers/el-procedimiento-testigo-y-la-extension-de-efectos-de-las-sentencias/#:-:text=El%20procedimiento%20testigo%20y%20la%20extensi%C3%B3n%20de%20efectos%20es%20una,contrataci%C3%B3n%20que%20sean%20sustancialmente%20id%C3%A9nticas>.

77 La “Plataforma Cívica por la Independencia Judicial” publico en 24 de noviembre un post, en el que, entre otras cosas, se dice “...La atribución a quienes ejerzan las Presidencias de los Tribunales de Instancia de la función de “promover la unificación de criterios y prácticas entre los distintos jueces, juezas, magistrados o magistradas del Tribunal de Instancia” (según el nuevo artículo 168 e) de la LOPJ) o a la Presidencia del Tribunal Central de Instancia o, en su caso, a las de la Sección del Tribunal Central de Instancia que corresponda, dentro del ámbito de su respectiva competencia (según el nuevo artículo 168.4 de la LOPJ) supone una injerencia en el núcleo de la actividad jurisdiccional, esto es, en la decisión final de cada juez, el cual debe administrar por sí mismo justicia sin ninguna influencia indebida. Nada hay que objetar al libre intercambio de opiniones para un mejor conocimiento doctrinal y optimización de las prácticas forenses, pero debe rechazarse tajantemente la imposición de una suerte de “pseudojurisprudencia vinculante” derivada de una estructura de rasgos jerarquizantes” (disponible en <https://plataformaindependenciaindicial.es/2024/11/24/ley-eficiencia-justicia-informe-de-la-plataforma/>)

conden asuntos que solo podrían ser calificados de “parecidos”, no “idénticos”, de modo que examinados con mayor detalle van mostrando mayores similitudes o mayores diferencias, pues en la toma de decisiones por un juzgado o tribunal entra en juego la aplicación de la norma y la apreciación de la prueba.

Respecto de las normas, en tiempos de motorización normativa, resulta ingenuo pretender que todas ellas tienen una interpretación única a lo largo y ancho de un sistema judicial. Alcanzar esa unidad interpretativa lleva tiempo, y, a veces, llega cuando ya esa norma ha sido sustituida por otra.

La doctrina de la interpretación razonable como posible eximente en materia sancionadora (en general, tributaria, en particular⁷⁸) es un buen ejemplo de los problemas a los que se enfrentan los operadores jurídicos ante nuevas normas, nuevas obligaciones e incluso nuevas infracciones.

Además, esa interpretación de la norma puede sufrir modificaciones a lo largo del tiempo.

En cuanto a la prueba, por un lado, requerirá conocer el criterio con el que se pondera a quien corresponde probar (léase, inversión de la carga de la prueba, facilidad probatoria...), y otros factores que afectan al diseño mismo de un sistema probatorio, desde los medios de prueba a su práctica.

Pero, sobre todo, habrá de estarse al caudal probatorio propio de cada litigio que, por muchas razones, es diferente en cada caso.

Esta complejidad, expuesta de un modo sumario, dificulta la aprehensión, clasificación y manejo de los datos mismos.

El modo en que funcionan las aplicaciones informáticas les permite acceder al llamado lenguaje natural, que se utiliza para elaborar textos pero también imágenes, conformando con ello un repositorio sobre el que pueda operarse. Es

78 Cítese, “LA INTERPRETACIÓN RAZONABLE DE LA NORMA TRIBUTARIA”, Oscar GARCIA MACEIRAS, *Revista de Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia* número 1 (https://www.xunta.gal/c/document_library/get_file?file_path=/portal-web/rexuga/revista_1/rexuga_1_4.pdf)

También, Jose Carlos LAGUNA PAZ, “Sanciones administrativas en materia de defensa de la competencia” en el número 65 de *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel, enero 2024) <https://laadministraciondial.inap.es/noticia.asp?id=1515031>

decir, no es técnicamente imposible que estas aplicaciones informáticas llegaran a poder examinar no solo el texto de las Sentencias, incluso de las demandas y contestaciones, sino también la prueba practicada, los instrumentos probatorios aportados, su práctica a presencia judicial, etc

Ello suscita problemas legales sobre el acceso a los distintos datos y también problemas técnicos que van desde el diseño de esas aplicaciones al modo en que se depuren los datos para que los términos en que se aportan esos datos resulten comprensibles para esos programas. Una de las reformas introducidas por la Ley Orgánica en Materia de Medidas de Eficiencia del Servicio Público de Justicia consiste en dar una nueva redacción al artículo 209 de la ley procesal civil, incluso, por extensión el artículo 210, el detalle con que se refiere a cómo deben establecerse antecedentes, términos de la controversia y las razones y fundamentos del fallo, todo ello no puede sino facilitar la recolección de datos⁷⁹.

La cuestión no es solo referible a la actuación de los Juzgados y Tribunales sino también de los distintos órganos administrativos.

No se olvide que, cuantitativamente, aunque son muy numerosas las resoluciones que, cada día, provienen del sistema judicial autores, son todavía más numerosas las que tienen su origen en los distintos órganos de las diferentes Administraciones públicas.

Como los atisbos regulatorios ponen de manifiesto, los Fondos de Litigación pueden dirigirse no solo a incidir en la litigiosidad ante los distintos órganos judiciales, sino también ante las Administraciones, motivo adicional para reflexionar sobre la predictibilidad de las decisiones administrativas.

79 El Consejo General del Poder Judicial lleva tiempo trabajando en que las resoluciones judiciales se acomoden a un lenguaje claro, lo que facilitaría su comprensión por esos programas informáticos. En 2017, el citado Consejo y la RAE publicaban "Libro de estilo de la Justicia", dirigido por el jurista y presidente de la RAE, : Santiago Muñoz Machado <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/EI-CGPJ-y-la-Real-Academia-Espanola-presentan-el-Libro-de-estilo-de-la-Justicia-con-el-objetivo-de-mejorar-la-claridad-del-lenguaje-juridico>.

Véase también, "LENGUAJE JURÍDICO CLARO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA", Miguel Angel Diaz, Revista Saber y Justicia, 1, 15(2019) (accesible en <https://saberyjusticia.enj.org/index.php/SJ/article/view/20/29>) , "Recomendaciones sobre lenguaje claro en español en el ámbito jurídico-administrativo: análisis y clasificación", Iria da CUNHA y M. Angeles ESCOBAR, (file:///C:/Users/hende/Downloads/pragma,+ART%C3%8DCULO+da+Cunha+y+Escobar.pdf)

Otra vez cabra traer a colación principios y mecanismos para evitar la diferencia de criterios en el escalón administrativo, que -en todo caso- comenzaría por la posibilidad de recurso contra estas decisiones, pero también la necesidad de vinculación al precedente (o motivación del porque se apartan del mismo), incluso la noción de confianza legítima, etc.

Con todo y con ello, el mayor impacto de la automatización de servicios en la esfera administrativa lleva a la doctrina a reflexionar sobre qué tipos de decisiones pueden ser dejadas a las máquinas y cuales requieren mayor intervención humana, lo que indefectiblemente remite a la mayor o menor previsibilidad de la decisión por terceros (máquinas o humanos).

El reverso de la producción autónoma o semiautónoma de resoluciones es el mayor o menor margen de su predictibilidad.

Sobre este particular, parte de la doctrina se inclina por reservar la "automatización" a las actividades internas de las Administraciones Públicas, pero no a aquellos actos "con relevancia externa", con efectos a terceros, es decir, a buena parte de los actos de trámite, pero no a los actos que ponen fin al procedimiento y que por ende producen efectos sobre terceros.

Aun esa diferenciación requiere algún matiz pues no será igual el caso según el margen de discrecionalidad con que cuente la Administración.

Desde hace años, especialmente en ámbitos en que la acción administrativa incide en derechos, libertades fundamentales o en la economía, se intenta incrementar el carácter reglado de la decisión administrativa, con lo que se asegure una mayor previsibilidad de la decisión que solo se basaría en la comprobación del cumplimiento de unos requisitos previamente fijados por la norma.

Quizá el ejemplo extremo del caso sería la emisión de un certificado.

Esa tarea, aunque acto finalizador de un procedimiento y productora de efectos, no es infrecuente que ya a día de hoy se deje en manos de procedimientos o servicios automatizados⁸⁰.

80 Sobre este particular, tráigase de nuevo a colación el trabajo de COTINO ("Los usos de la inteligencia artificial en el sector publico..." ob cit, pgs 219 y 220), con sugestiva cita de GALETTA y de recientes decisiones de tribunales italianos, pero apuntando la necesidad de diferenciar las decisiones administrativas no solo en atención a los efectos

El mayor volumen de las decisiones a adoptar por las distintas Administraciones públicas, su incidencia sobre los mas distintos aspectos e incluso -porque no decirlo- la mayor incidencia en el uso de las nuevas tecnologías, permite clasificar los tipos de actuaciones en que estas intervienen, e incluso catagorizar su mayor o menor automatización, pudiendo establecerse seis niveles: que abarcan desde la “automatización mínima”; “recuperación y tratamiento de datos”; cuando el sistema sugiere los “pasos procedimentales a seguir”; “decisiones asistidas”; “decisiones automatizadas”, hasta el grado “decisiones autónomas” con sistemas dinámicos de machine learning no supervisado⁸¹

Ese patrón puede servir para el ámbito judicial, siempre que se acepten las notables diferencias entre un escalón y el otro, para ello, habiéndose avanzado en el modo en que se recogen datos, reflexiónese sobre su tratamiento algorítmico.

sobre terceros, sino en atención a la mayor o menor discrecionalidad en la decisión, quizá cabría decir que mas alla de “discrecionalidad” se podría hacer alusión a la labilidad de los elementos de hecho a valorar para adoptarla. Sobre este punto, lo que en palabras de las decisiones de septiembre de 2018 del Tribunal Administrativo de la Región del Lazio que se citan seria esa “actividad cognitiva, adquisitiva y de juicio que solo una investigación encomendada a un funcionario “persona física” puede realizar”.

81 COTINO (“Los usos de la inteligencia artificial en el sector public...” ob cit, pgs 225 a 227), que los extrae de ROEHL, efectuando un cierto paralelismo con los grados de conducción autónoma en los vehículos a motor.

Explica BERNING PRIET, citando a HUERGO⁸², que, “aunque se puede decir que los procedimientos administrativos o judiciales obedecen a reglas algorítmicas (teniendo en cuenta la definición de algoritmo), al componerse de pasos con un contenido determinado que deben seguirse para llegar a la resolución del procedimiento, no lo hacen de forma idéntica a un programa informático, toda vez que el instructor tiene una vinculación jurídica distinta de la vinculación mecanicista que sigue el segundo, ya que mientras que el programa tendrá que seguir todos los pasos preestablecidos, el instructor podría omitir alguno, sin perjuicio de las consecuencias en la validez o eficacia del acto que ello pudiese conllevar. Por tanto, para el autor, al no sustituir el algoritmo en ningún caso a la norma, sino automatizar su aplicación, en caso de error o defecto que origine un resultado incorrecto que se materializa en un acto administrativo por estar mal configurado el algoritmo, se originará la invalidez del mismo, en tanto en cuanto prevalece la norma sobre aquél”.

A ello BERNING PRIETO, añade una muy relevante diferenciación, y no solo a los fines de

82 BERNING PRIETO, Antonio David, “La naturaleza jurídica de los algoritmos” en pgs 98 y ss (INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SECTOR PÚBLICO. RETOS, LÍMITES Y MEDIOS. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2023, coordinada por Eduardo GAMERO y Francisco L. PEREZ GUERRERO) con la referencia a HUERGO LORA, A. (2020): “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo”, en HUERGO LORA, A. (Dir.): La regulación de los algoritmos, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Nava



este trabajo, pues debe “distinguirse en este punto los algoritmos predictivos de los que no lo son. Estos últimos obedecen a un patrón previamente establecido, de forma que sustituyen en la práctica la actividad mecánica que anteriormente realizaba un funcionario manualmente. Por tanto, realmente automatizan procedimientos cuyo esquema estaba previamente establecido normativamente, de forma que no existe ninguna innovación real en la práctica. Por su parte, los algoritmos predictivos obedecen a una finalidad distinta, toda vez que no sólo pueden automatizar procedimientos, sino que pueden llegar a incorporar novedades y, por tanto, innovar, ya que, a partir de datos obtenidos por el sistema, el algoritmo es capaz de adaptarse a los mismos en función de diversas variables”.

Este tipo de algoritmos predictivos también pueden subclasificarse en atención a distintos criterios, entre ellos, dependiendo del modo en que “aprendan”, machine learning y deep learning, con la consecuencia del mayor o menor grado de relación entre su diseño inicial y la solución que ofrezcan al problema que se les plantea.

Como acertadamente recuerda GAMERO-CASADO⁸³, el empleo por las Administraciones públicas (también de la Administración de Justicia) de sistemas de Inteligencia Artificial pueden orientarse a la mejora de servicios y prestaciones, o pueden servir de soporte a la toma de decisiones.

Cuando un sistema sirve para la toma de decisiones es fácil imaginar el reverso de esa moneda que no es otro que la previsibilidad de esas mismas decisiones.

Así pues los problemas de los sistemas de soporte a la toma de decisiones (ámbitos en que es admisible, mecanismo de aprendizaje y generación de decisiones) se reflejan en la posibilidad de perfilar las decisiones mismas.

El alcance del problema se entiende bien haciendo referencia al trabajo publicado en 2024 por Antonio MADRID PEREZ, “*El uso de sistemas predictivos automatizables en la actividad decisional de las autoridades públicas: aportaciones*

para un análisis iusfilosófico sobre la digitalización del proceso decisional”⁸⁴. Como se destaca en el artículo, el problema de origen es si se alcanza a considerar (o a permitir) que el sistema “decida” o si la decisión debe adoptarse por un ser humano, mas allá de que sea asistida o apoyada por un sistema informático, con las derivadas consiguientes, que son muchas, comenzando por la responsabilidad, pero de las que dejaremos anotada aquí la del margen de variabilidad o no de la decisión judicial, con el impacto que la capacidad predictiva tenga en todo ello (capacidad de decisión, responsabilidad o variabilidad o invariabilidad), ya que “Los sistemas con funciones predictivas toman la forma de sistemas expertos y de sistemas de aprendizaje automático. Los primeros se basan en el conocimiento de profesionales y especialistas a partir del cual se codifican en lenguaje computacional las reglas que son utilizadas para tomar decisiones sobre cuestiones legalmente acotadas: “sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas de entorno material y social en el que vivimos”. Los segundos sistemas se basan en un proceso estadístico-probabilístico del que se deriva una o varias reglas o procedimientos mediante los que se explican hechos o se predicen hechos futuros. En este segundo sentido, un modelo o sistema predictivo es mathematical device for estimating unknown “variables” from known “variables”, entendiendo por “variable” any quantity corresponding to some measurable feature of the world². Es decir, es una forma de intentar conocer datos que no conocemos. En el ámbito jurídico, y a efectos de lo que interesa tratar en este texto, conocer datos que no conocemos tiene relevancia en la medida en que estos datos sean utilizados para calcular la probabilidad con la que se puede dar un hecho futuro”⁸⁵.

Con todo el problema de la incidencia de la Inteligencia Artificial en la marcha natural del Derecho se convierte en un asunto filosóficamente clave. Las sociedades y la historia se han ido forjando de los cambios jurídicos, cambios que han sido impulsados por las modificaciones legales pero también por la interpretación y aplicación de las normas. Como recuerda MADRID PEREZ, con cita de HART, viviendo en el presente “nos es imposible conocer la va-

83 GAMERO-CASADO, Eduardo “Las garantías de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la inteligencia artificial” (INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SECTOR PÚBLICO. RETOS, LIMITES Y MEDIOS. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2023, coordinada por Eduardo GAMERO y Francisco L. PEREZ GUERRERO, pgs 397 y ss)

84 MADRID PEREZ, Antonio “El uso de sistemas predictivos automatizables en la actividad decisional de las autoridades públicas: aportaciones para un análisis iusfilosófico sobre la digitalización del proceso decisional” <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/10401>, Anuario de Filosofía del Derecho (AFD) numero 40, 2024.

85 MADRID PEREZ, Antonio, “El uso de sistemas predictivos...” ob cit, pag. 223-224.

riabilidad de rasgos que intervienen en los hechos posibles futuros, así como las combinaciones que se pueden dar entre estos rasgos. Por esto, señalaba Hart, no es posible avanzar reglas que especifiquen la solución a los problemas futuros con los que nos podemos encontrar”.⁸⁶

Es indudable que los seres humanos y los ordenamientos jurídicos intentan anticiparse a algunos problemas, e incluso no faltan ocasiones que aspectos normativos del pasado resultan útiles para enfrentarse a problemas que se presentan tiempo después de que aquellas normas fueran concebidas y acuñadas, pero ello no empece que el Derecho (normas, jurisprudencia, doctrina) mute, avance.

Sin duda habrá ocasiones en que esa variabilidad resulte “no deseable” (en los términos que MADRID PEREZ expone con cita de KAHNEMANN, entre otras cosas porque el cambio se viera contaminado por “sesgos” o ruidos)⁸⁷, pero la invariabilidad ni parece imaginable, ni quizá resultara deseable.

Fondos de litigación, litigantes en acciones colectivas, aquellos que abordan litigios “estratégicos” ... abogados individuales que se enfrentan a litigios cotidianos... a veces lo hacen siguiendo la estela de otros asuntos que han obtenido éxito, y otras lo hacen para abrir una nueva vía, sentar un precedente, dar lugar a un cambio legal.

Uno y otro escenario no son realidades desconectadas, sino eslabones de un mismo círculo jurídico. Sin esos casos líderes, nunca habría nuevos litigios que siguieran su estela, para unos, éxitos para sus clientes, para otros, triunfos sociales o nuevos “filones” de litigación.

En los casos ya conocidos en que se avanza, la predicción se obtiene de los resultados obtenidos.

En los casos en que se busca un precedente, la predicción deriva de conocer qué argumentos fueron utilizados y cuales pueden sustentar el cambio que se pretende.

D) AMBITOS ESPECIFICOS DE PREDICTIBILIDAD JUDICIAL/DECISIONAL.- Como todo problema complejo, las soluciones a veces pue-

den proceder a través de su descomposición en otros más concretos.

Marta CABRERA FERNANDEZ, en su trabajo de abril de 2024 “*Aplicación de la Inteligencia Artificial a la toma de decisiones judiciales*”⁸⁸ expone que “En el ámbito jurídico, la transformación digital está afectando a todos sus agentes, siendo ya varios los países que han puesto sistemas de IA al servicio de jueces, magistrados y letrados para que se apoyen en ellos a la hora de establecer algunas medidas concretas en sus resoluciones. También existen sistemas de IA capaces de predecir de manera bastante precisa el contenido de las mismas, erigiéndose como herramientas de utilidad para los abogados a la hora de preparar los argumentos que van a utilizar en un caso” y añade “Concretamente, se está debatiendo acerca de la posibilidad de modelar el razonamiento humano del que se sirve un juez, atendiendo a un esquema computacional, a efectos de ser reproducido digitalmente. En principio, no parece que tal modelización esté cerca de llevarse a cabo, al menos no de manera completa, pero sí podemos hablar de una sustitución parcial por parte de los sistemas de IA si se prescinde en parte del razonamiento judicial que no se haya podido emular digitalmente”.

En este interesante trabajo se da cuenta de distintos proyectos en los que la Inteligencia Artificial auxilia en tareas jurídicas, citando como ejemplo el impulsado por el Ministerio de Justicia en 2022 en materia de cancelación de antecedentes penales, o el desarrollo de la Informática Jurídica Decisional, entendida como instru-

88 Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655 186 Nº. 27, noviembre 2024 - abril 20

<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/9006>

Véase también, SANCHIS CRESPO, Carolina “*Inteligencia artificial y decisiones judiciales: crónica de una transformación anunciada*” donde recoge un amplio catálogo de materias en las que, en mayor o menor medida, puedan ser empleadas herramientas de IA, así como algunas iniciativas concretas, con referencia a la situación normativa y los problemas teórico prácticos a los se enfrente el empleo de IA en este ámbito.

El trabajo puede ser consultado en <https://roderic.uv.es/items/bc1e94a5-b829-4815-a738-1d54943d3659>

BATTELLI, Ettore.- “*La decisión robótica: algoritmos, interpretación y justicia predictiva*” *Robo-Decision: Algorithms, Legal Interpretation, Predictive Justice*” https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3749404

MANTELERO, Alessandro “*Retos y regulación de la Inteligencia Artificial: la toma de decisiones en los asuntos públicos y la administración de justicia*” al que puede accederse en la página de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, <http://www.aepda.es>

86 MADRID PEREZ, Antonio, “*El uso de sistemas predictivos...*” *ob cit.* Pag. 230-231

87 MADRID PEREZ, Antonio. “*El uso de sistemas predictivos...*” *ob. Cit.* Pag 232-233

mento para optimizar la labor de los operadores jurídicos, en sus facetas de conocimiento, creación y aplicación del derecho.

Estos instrumentos de Informática Jurídica Decisional comenzaron facilitando la búsqueda y análisis de legislación y jurisprudencia de modo que se facilitara bien la argumentación del abogado bien la motivación de la decisión (judicial o administrativa), su evolución natural es la de extracción de argumentos de las propias fuentes que analizan y con ello que pudieran llegar a facilitar argumentos -diríase- propios.

Estos instrumentos podrían ser empleados -análogamente a lo expuesto para la cancelación de antecedentes- en ciertas fases de un procedimiento o proceso en la medida en que estas las “decisiones” en estas fases fueran automatizables, mera comprobación de ciertos elementos reglados, pero también podrían emplearse en la resolución automática de conflictos por mediación, de nuevo en casos en que la decisión del conflicto fuera automatizable (por ejemplo, fijación de una cuantía a partir de ciertos datos, sin incorporar valoraciones o aproximaciones de las partes), y por último, la asistencia a los jueces (dígase, un órganos con capacidad decisoria en la Administración), y en qué medida ello podría permitir su sustitución por la decisión informática⁸⁹.

Siendo este último apartado es el núcleo del problema la autora distingue dos distintos

mecanismos técnicos. Por un lado, los algoritmos de evaluación de riesgos, cuya práctica se ha ensayado para evaluar el riesgo de reincidencia y auxiliar o decidir en materia de cumplimiento de penas. En este caso resulta inevitable la cita del programa COMPAS empleado en Estados Unidos, cuyos sesgos y problemas son suficientemente conocidos. Añádase el programa RisCanvi, implantado por la Generalitat Catalana, que guarda algunas diferencias con COMPAS.

Por otra parte, los sistemas jurídicos expertos, entendidos como “herramientas digitales susceptibles de uso en la predicción de razonamientos interpretativos, al ser capaces de analizar todo el material legislativo y jurisprudencial disponible y predecir el resultado más probable de un caso con base en analogías con casos similares y anteriores”.

Sin ánimo de exhaustividad, en cuanto a algunas de las referencias al empleo de herramientas de ayuda, decisión y predicción son muchas, se traerán a estas líneas algunas de las muchas que pueden encontrarse y que recoge la doctrina, incluso, porque no decirlo, dado que dichos trabajos ofrecerán al lector un caudal de información adicional.

Comiencese por el trabajo de marzo de 2022, de Cristina LORENZO PEREZ, publicado por el Centro de Estudios Jurídicos, bajo un título suficientemente descriptivo, *“Inteligencia artificial en la Administración de Justicia: regulación española y marco europeo e internacional. Proyectos desarrollados por el Ministerio de Justicia de España”*, cuyas páginas 28 y siguientes referencian diversas experiencias concretas, la calculadora 988, cancelación automática de antecedentes penales, personas discapacidad, textualización de vistas, dictado de voz, buscador 360, biometría, notificación proactiva de desahucios, subastas electrónicas⁹⁰.

SOURDIN, ya en 2018, en *“Judge v robot? Artificial intelligence and judicial decision-ma-*

89 Marta CABRERA, en la obra citada (*“Aplicación de la Inteligencia Artificial a la toma de decisiones judiciales”*), da cuenta de la experiencia china con el programa WeChat, y también del programa piloto lanzado por Estonia en su estrategia de digitalización de 2019, centrado en la resolución de reclamaciones económicas de pequeña cantidad, como la autora lo relaciona mas con el modelo de proceso monitorio español cabría pensar que este tipo de “robot” judicial actúa en el caso de que no se produzca oposición, mas cotejando que se cumplen ciertas premisas, para adoptar decisiones automatizadas que van dando paso a siguientes fases del proceso. Aun en esos casos, y mucho más en los supuestos de allanamiento o de rebeldía no conviene a apresurarse en considerarlos terreno propicio para la automatización de la decisión judicial, pues la ley impone que se examine si el allanamiento o el acuerdo infringe o no el ordenamiento jurídico o derechos de terceros, y ello para evitar que el litigio se convierta en un mecanismo para obtener aquello que la norma impide (en el caso de monitorios o reclamaciones de cantidad, la simple automatización puede ofrecer a quien supiera instrumentarla un fabuloso sistema de blanqueo de capitales). En supuestos de rebeldía procesal, los problemas son aún mayores, pues aunque aceptemos el aforismo de que quien calla, otorga, la mera rebeldía no siempre excusa al demandante de probar, de modo que una demanda sin base probatoria alguna no necesariamente da lugar a que se acepten manifestaciones del demandante por la simple razón de que el demandado no comparece.

90 LORENZO PEREZ, Cristina *“Inteligencia artificial en la Administración de Justicia: regulación española y marco europeo e internacional. Proyectos desarrollados por el Ministerio de Justicia de España”* Centro de Estudios Jurídicos, marzo 2022

<https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/13637>
Véase también la obra colectiva, editada en abril de 2022 por la Universidad de Granada, COTEC y “Sociedad Digital”, *“Justicia Digital Guía para el diálogo sobre el diseño y uso eficiente, de calidad y ético de herramientas tecnológicas en la justicia civil”*, disponible en https://www.ubu.es/sites/default/files/news/files/guia_justicia_digital_versionfinal.pdf

king” refiere tres niveles de impacto de la Inteligencia Artificial en la labor judicial “First, and at the most basic level, technology is assisting to inform, support and advise people involved in the justice system (supportive technology). Second, technology can replace functions and activities that were previously carried out by humans (replacement technologies). Finally, at a third level, technology can change the way that judges work and provide for very different forms of justice (disruptive technology), particularly where processes change significant and predictive analytics may reshape the adjudicative role”, ilustrando todo ello con ejemplos de solución online de controversias, reclamaciones de menor cuantía o casos matrimoniales, como sería el caso del programa holandés, Rechtwijzer)⁹¹

MADRID PEREZ además de RisCanvi, cita el “Módulo de apoyo a la gestión del riesgo (MSGR)”, como “simulador” implantado por la Generalitat Catalana para “ayudar a gestionar el riesgo de maltrato infantil”, para luego anotar el Reglamento 2016/67971, cuyo artículo 22 prohibiría la plena automatización de decisiones individualizadas, léase “Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles”⁹²

A su vez, Gulia CASCONE, en el artículo publicado en marzo de 2024, “Artificial intelligence and criminal procedure: fundamental rights, procedural principles and regulatory challenges”⁹³, tras citar el caso Estonio, se hace eco del programa SCOTUS, cuya finalidad sería esencialmente predictiva, especialmente centrado en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el ámbito hispanoamericano, comiencese la cita por el trabajo colectivo, publicado en 2022, “Inteligencia artificial en el proceso de predicción de decisiones judiciales como modelo asistencialista mixto: entre la codificación y la

justicia equitativa”⁹⁴, que recoge algunas experiencias en Colombia, citando los programas “Prometea” (actualmente PretorIA)” (“Este proyecto pretende mejorar la productividad de la selección de tutelas realizada por la Sala de Revisión de la Corte Constitucional a través de la lectura automática y creación de marcadores para categorías recurrentes en el texto de las sentencias y la selección de casos prioritarios para su revisión. De manera general, Prometea es considerado como un software de IA, que tiene como objetivo principal la automatización de tareas repetitivas al interior del sistema de justicia, lo cual se logra mediante la aplicación de IA enfocada en la elaboración de dictámenes jurídicos encontrando su fundamento en precedentes judiciales ya elaborados”) y “Watson” (“implementado por la Fiscalía General de la Nación (Colombia) es un software de Big Data, que le permite a sus funcionarios realizar un barrido de toda la información que se puede encontrar en las bases de datos del Sistema Penal Acusatorio. De esta forma, y a través del análisis de datos, se logra realizar una asociación de casos por jurisdicción y delito, así como estudios de contexto”).

Igualmente con referencia al caso colombiano, de CARRILLO MARQUEZ, su trabajo de 2022 sobre otro de los programas informáticos disponibles, “Impacto de PretorIA en la elección normativa del juez constitucional dentro del marco jurídico colombiano”⁹⁵. Como explica el autor, este programa tiene su origen en la “Universidad del Rosario y el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Universidad de Buenos Aires, así como en apoyo de la Alianza de Liderazgo Transformacional para el sector Justicia integrada por entidades del sector privado, institucional y de la academia, a partir del año 2018 inició a trabajar en la incorporación de un sistema de IA con el propósito de coadyuvar en la selección de sentencias de tutela para su eventual revisión”.

91 SOURDIN, Tania.- “Judge v robot? Artificial intelligence and judicial decision-making” accessible en <https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/article/judge-v-robot-artificial-intelligence-and-judicial-decision-making>

92 MADRID PEREZ, Antonio.- “El uso de sistemas predictivos automatizables en la actividad ...” ob. Cit pags 234 y ss.

93 CASCONE, Gulia.- “Artificial intelligence and criminal procedure: fundamental rights, procedural principles and regulatory challenges” <https://lawreview.luiss.it/files/2016/09/Artificial-intelligence-and-criminal-procedure-fundamental-rights-procedural-principles-and-regulatory-challenges.pdf>

94 Geison Alexander Galvis Vega, Gabriela Alfonso Acosta, Anamaría Rodríguez Peñaloza, Carlos Fernando Cabeza Zambrano, Laura Camila Olarte Mojica, Valentina Garzón Fierro, Pedro Enrique Chaves Rodríguez, Isabel Cristina Trespalcacios Rojas “Inteligencia artificial en el proceso de predicción de decisiones judiciales como modelo asistencialista mixto: entre la codificación y la justicia equitativa” <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/c3362a8b-fe7e-46ab-9878-62d58ae0c846>

95 CARRILLO VAZQUEZ, R.E. “Impacto de PretorIA en la elección normativa del juez constitucional dentro del marco jurídico colombiano” disponible <https://repositorio.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/46146/2022CarrilloRafael.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

Aunque el epígrafe con que se encabeza este apartado hace referencia a lo “judicial”, el empleo de Inteligencia Artificial como herramienta de asistencia, toma de decisiones automáticas o sistema para facilitar la predictibilidad de las decisiones desborda lo simple y estrictamente judicial. Algunos de los ejemplos que se han dado ya hacían referencia a su empleo en el ámbito administrativo o en el de la solución de controversias, ya sea mediación, ya arbitraje. Más allá de la opinión que cada uno tenga de estos instrumentos, es innegable tanto su relevancia práctica o el hecho de que el legislador ha optado por que se generalicen.

El propio Dossier elaborado por el Departamento de Documentación del Congreso de los Diputados para la elaboración del “*Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios [121/000016]*” se refiere a estos mecanismos de “resolución alternativa de conflictos” (RAL o ADR, “alternative dispute resolution”) con referencia a la normativa y debates comunitarios⁹⁶.

Siendo esto así, es inevitable traer a estas páginas la alusión a “Kleros”, definida por LESAEGE, AST y WILLIAM como “aplicación descentralizada construida sobre Ethereum, que funciona como una tercera parte descentralizada para el arbitraje de disputas en cualquier tipo de contratos, ya sean simples o muy complejos. Se basa en incentivos de teoría de los juegos para lograr que los jurados juzguen los casos correctamente. El resultado es un sistema de resolución de disputas que alcanza resultados de manera rápida, económica, confiable y

descentralizada”⁹⁷. De los diversos aspectos a destacar de este sistema (y otros análogos), a los fines de este trabajo, habremos de centrarnos en uno de ellos, el relativo a los incentivos para ser seleccionado como “jurado”. Como explican LESAEGE, AST y WILLIAM, “Los usuarios persiguen su propio interés económico cuando optan por servir como jurados en Kleros: cobrar honorarios de arbitraje a cambio de su trabajo. Los usuarios se postulan a sí mismos como jurados depositando como garantía un token denominado Pinakion (PNK)² en la corte donde quieren trabajar. La probabilidad que tiene un usuario de ser elegido como jurado para una disputa específica es proporcional a la cantidad de tokens que deposite en garantía” a lo que se añade que “el PNK brinda a los jurados un incentivo para votar –se dice– honestamente: hace que los jurados incoherentes, o sea aquellos cuyos votos no coinciden con la mayoría, paguen parte de su depósito de garantía a los jurados coherentes”. Es decir, el sistema está prima la mayoría y sanciona la disonancia. Eso puede entenderse como una ventaja en la medida en que estos sistemas de solución de controversias muchas veces se centran en aspectos no tanto jurídicos como técnicos sobre el servicio o producto que da lugar al conflicto, de ahí que los jurados técnicos puedan tender a coincidir en sus apreciaciones. Esa prima de la mayoría también puede entenderse como un apoyo a la seguridad jurídica. Pero, siempre que hay ventajas, hay inconvenientes, y la sanción a la disonancia puede terminar por serlo, en la me-

97 LESAEGE, CI, AST, F. y WILLIAM, G. “Kleros” de 2019, disponible en https://kleros.io/whitepaper_es.pdf

Véase también, de Marta GONZALO QUIROGA “*La inteligencia artificial en el arbitraje internacional 2.0. Oportunidades y desafíos en un futuro que ya es presente*” Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2023), Vol. 15, Nº 2 (disponible en <http://www.e-revistas.uc3m.es>) De nuevo, de entre los muchos interesantes aspectos que recoge el trabajo, permítasenos detenernos en un aspecto sobre selección de árbitros. En la página 546 del mismo se dice: “También en la gestión de conflictos y el diseño de estrategias a través de la referida justicia predictiva con plataformas como Arbilex, Jurimetria, entre otras y, en especial, los programas de IA que asisten en la selección de árbitros, verbigracia, Intelligence, Dispute Resolution Data, Arbitrator, etc.”⁷² Este último, somete básicamente a los distintos árbitros del mercado a unos formularios y les hace responder a una serie de preguntas con la finalidad de determinar la predisposición de ciertos árbitros a tomar una u otra decisión respecto a ciertas cuestiones. Todos los usuarios del arbitraje sabemos que el nombramiento de los árbitros es una labor esencial y en varias ocasiones las dificultades que se tiene para ello. Si la IA nos puede asistir aquí cualquier gasto o inversión en IA que hagamos estaría plenamente justificado. Bienvenida sea, pues, la IA y la tecnología en el arbitraje”. Lo predecible del dictamen se genera a través de lo predecible que sean los jurados, y, de nuevo eso primara a la mayoría, y perjudicará a la disonancia.

96 El referido Dossier sobre el “Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios [121/000016]” puede ser consultado online en https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_15/spl_14/sl_14_eficiencia_servicio_justicia_transparencia.pdf

Del mismo modo, puede accederse online a los documentos comunitarios que cita, referidos al ámbito de los consumidores:

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/757639/EPRS_BRI\(2024\)757639_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/757639/EPRS_BRI(2024)757639_EN.pdf)

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/757788/EPRS_BRI\(2024\)757788_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/757788/EPRS_BRI(2024)757788_EN.pdf)

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/753200/EPRS_BRI\(2024\)753200_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/753200/EPRS_BRI(2024)753200_EN.pdf)

A estos documentos cabe sumar la referencia a otro documento en materia de “mediación”, <https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/1680951928>

dida en que los cambios, ya técnicos, ya jurídicos, ya sociales, no se producen en ausencia de opiniones que inicialmente fueron minoritarias.

De estos antes mencionados sistemas expertos⁹⁸, se recuerda que inicialmente focalizaron su empleo en materias tributarias o laborales, para cálculo de liquidaciones o indemnizaciones, si bien las mejoras tecnológicas (machine and deep learning) permitirían expandir el empleo de estos sistemas más allá de esas tareas.

Los aludidos sistemas expertos, para el desempeño de las tareas para los que son diseñados, se enfrentan a tres retos, ya conocidos de la metodología de la estadística predictiva, pero especialmente relevantes en el ámbito jurídico.

El primero sería la aportación al programa de una gran cantidad de datos para que fuera “aprendiendo”

El segundo sería la calidad de esos datos, y -como destaca Marta CABRERA⁹⁹- el hecho de que en el ámbito jurídico, a diferencia de otros, se hace difícil determinar qué datos puedan entenderse como “verdad” a los efectos del aprendizaje por el programa.

El tercero, siguiendo la estructura de la estadística predictiva- la modelización en el tratamiento de esos datos, los algoritmos que se emplearan.

Como nota Marta CABRERA¹⁰⁰, estos sistemas expertos se alejan de la aplicación de la lógica jurídica tradicional, aplicando soluciones más propias del cálculo de probabilístico, lo que por cierto recuerda lo que se ha comentado en los casos de la climatología o el mercado bursátil.

No hará falta recordar que aquellos dos casos están fuertemente influidos por las matemáticas, cuando no por la física, más allá de la ingente cantidad de variables en uno de esos ámbitos, o de la intervención del comportamiento humano en el segundo.

Sin embargo, la propia estructura de las normas es un ejemplo del empleo de la lógica

(lógica implementada a partir de la lógica del lenguaje y de las circunstancias que dan lugar a esa norma), de modo que el abandono de los métodos y criterios interpretativos que ofrece desde el artículo 3 del Código Civil a la doctrina, y singularmente el abandono de la lógica misma en favor de sistemas de probabilidades convierte la norma en un objeto secundario que solo es empleado en la medida en que ha dado lugar a cierto número de decisiones.

Pero aun en el caso de que estos sistemas abandonaran las soluciones probabilísticas, y se entregaran en brazos de la lógica formal, las dificultades tampoco encontrarían solución, pues la doctrina y la práctica jurídica han demostrado que el ordenamiento jurídico, aun basado en proposiciones lógicas, producto del devenir de las sociedades y de la historia, no es una perfecta maquinaria de relojería, y la sola lógica formal no sirve para solucionar las cuestiones concretas.

Y permítasenos decir que al enunciar antes tres tipos de problemas se ha omitido el primero y el último de los habitualmente determinados en la metodología de trabajo de la estadística predictiva, cuando no en el razonamiento, que no son otros que la determinación del problema que haya de ser decidido y el tipo de pregunta que se haya de ser respondida.

Esto engarza con el hecho indudable de que la correcta definición del problema y la pregunta que abogado o juez quiere formular serán distintas en cada caso en la medida en que entre los distintos asuntos puedan existir diferencias, aunque fueran menores, de modo que la mera utilización probabilística de los precedentes puede llevar a soluciones aparentemente acertadas pero tan erróneas como se aparten de las circunstancias del caso.

Si la prueba es el sistema por el que se aporta al proceso un cierto grado de certezas, la función de quien argumenta o de quien decide no es solo ofrecer argumentos impecables en lo formal sino coherentes con ese suficiente grado de certezas con que se alcanza, al menos, la verdad judicial.

La suma de estas dificultades hace que lo que podríamos calificar de estado de la cuestión sea consecuencia de un cierto abandono de los esfuerzos por la modelización de la decisión, para dirigir los mismos hacia el manejo de grandes cantidades de datos que ofrezcan conexiones entre los mismos. Los efectos de ello se habrían de percibir, por una parte, en la mejora de

98 Volviendo a CABRERA, Marta.- “*Aplicación de la Inteligencia Artificial...*” ob. Cit.

99 CABRERA, Marta. “*Aplicación de la Inteligencia Artificial...*” ob. Cit.

100 CABRERA, Marta.- “*Aplicación de la Inteligencia Artificial...*” ob. Cit.

la capacidad de predicción y, por otro, en la posible aportación de información para la mejora de la propia calidad normativa (e incluso de la calidad de los argumentos de los abogados y -especialmente- de las decisiones judiciales).

La derivada de lo anterior sería en qué medida la mejora en la capacidad de predicción y en la calidad de normas, argumentos y decisiones, redundara en la mayor facilidad para el tratamiento de la información y así, bien sobre bases probabilísticas, bien sobre bases lógicas, se pueda avanzar en la toma de decisiones a través de sistemas expertos.

De hecho, en esa línea de trabajo se viene buscando establecer que aspectos serían más automatizables, y que otros aspectos debieran reservarse a la actuación humana, así como en una necesidad adicional a la propia decisión, la motivación.

Este aspecto de la motivación se convierte en algo más que la proverbial cereza, ya que, al intentar tratarlo, no es que nos lleve a comentar otro más, sino un abanico de cuestiones.

No todas las resoluciones (administrativas o judiciales) requieren motivación, y la lista de aquellos actos administrativos que deben ser motivados, contenida en el artículo 39 de la Ley 30/2015, es evidencia de ello.

La justificación de la exigencia de motivación comienza por una elemental cortesía con el administrado/justiciable -como vino diciendo alguna jurisprudencia contenciosa-, continua por la utilidad de que, con la explicación se puede convencer, y así evitar la impugnación del acto o Sentencia y se refuerza con su significado de garantía procesal.

Sin embargo, esa motivación no se exige que sea necesariamente extensa, y por el contrario, se pretende evitar que sea simplemente estandarizada.

La existencia de modelos de resoluciones que, en algún caso, en sí mismas, incorporan sucintas (o algo más extensas) motivaciones ni es algo nuevo pues, aunque ahora se encuentren en repositorios de programas informáticos de gestión, ya, en el pasado, los juzgados o las administraciones contaban con resoluciones pre impresas, que solo debían completarse en algunos aspectos específicos del asunto.

Pero estos modelos no evitan individualizar la resolución por referencia a cada caso, y en

algún supuesto incorporar circunstancias específicas del mismo que refuercen el hecho de que se acuda a tal motivación.

La cuestión que suscita la motivación de las resoluciones es que esta es solo el reflejo externo del proceso intelectual seguido para adoptar la decisión, de modo que no necesariamente refleja todos los pasos de ese proceso, algunos de los cuales aluden a conceptos vagos que van desde el sentido común, el grado de conocimiento que alguien tiene de un determinado asunto, la sana crítica, el recto parecer humano...

III. COMENTARIOS A PROPOSITO DE LA REGULACION DE REALIDADES EMERGENTES, INTELIGENCIA ARTIFICIAL, FONDOS DE LITIGACION

En un trabajo publicado ya en 1999 por la Harvard Law Review, Lawrence LESSIG se planteaba la necesidad misma de generar una suerte de nueva regulación solo y a la medida de los problemas que suscita el llamado "ciberespacio".

El artículo tenía por título, "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach"¹⁰¹, y comenzaba refiriéndose a una conferencia pronunciada previamente en la Universidad de Chicago. Decía Lessig, "A few years ago, at a conference on the "Law of Cyberspace" held at the University of Chicago, in a room packed with "cyberlaw" devotees (and worse), Judge Frank Easterbrook told the assembled listeners that there was no more a "law of cyberspace" than there was a "law of the horse"¹⁰².

¹⁰¹ El artículo es accesible en https://cyber.harvard.edu/works/lessig/LNC_Q_D2.PDF

¹⁰² En los tiempos actuales, con la evolución de los estudios universitarios, la reflexión del Juez Frank Easterbrook cobra sentido también desde ese punto académico si reparamos en que, como refiere LESSIG, la referencia a la "ley de los caballos" deriva a su vez de lo dicho por quien fue Decano en dicha Universidad, Gerhard Casper, aunque a su vez guarda relación con lo dicho por Karl Llewellyn sobre las transacciones entre no profesionales en relación con el UCC ("Uniform Commercial Code"). Si en el caso de lo dicho por Easterbrook o incluso Casper la cuestión consiste en si cualquier innovación requiere generar nuevas disciplinas y regulaciones, cuando la comparación o contraposición entre "ley de los caballos" y "ley del ciberespacio" se pone en relación con el punto de vista de Llewellyn cobra una nueva perspectiva en esa correlación entre profesionales y "aficionados". De hecho, el artículo de LESSIG intenta articular como en el enfoque de los problemas que genera el ciberespacio hay que tener en cuenta el Derecho que ya conocemos del "mundo real" (frente al "mundo virtual") pero también los retos específicos derivados de las nuevas tecnologías, y no

A su vez, sostiene GAMERO-CASADO, “no podemos interpretar la omisión de regulación en relación con la IA como una patente de corso para prescindir por completo de los principios de actuación del sector público y de los derechos y garantías de los ciudadanos que establecen respectivamente la LRJSP y la LPAC. Dicho en otras palabras: el hecho de que estas normas no aludan una y otra vez a la IA no significa que cuando se utilicen estos sistemas queden al margen del Ordenamiento jurídico. Todo lo contrario. La LRJSP y la LPAC han de respetarse sea cual sea el medio de actuación o soporte que se utilice en la actividad administrativa formalizada. Lo que resulta necesario es integrar la laguna determinando de qué concreta manera deben salvaguardarse los principios de actuación del sector público y las garantías de los ciudadanos cuando se utiliza la IA como soporte a la toma de decisiones que les afectan”.

La cuestión sobre la conveniencia de un mayor o menor grado de intervención administrativa en los distintos aspectos de la vida social viene siendo un aspecto crucial en el análisis económico del Derecho, así como en la reflexión permanente sobre el papel de las Administraciones públicas, y, por antonomasia sobre la mayor o menor carga regulatoria, de la que, en su caso, dimana esa mayor o menor intervención¹⁰³.

solo en lo que atañe a nuevas regulaciones, sino a cual sea el origen de estas nuevas regulaciones, suscitando de nuevo la interminable cuestión de las fuentes del Derecho, en sus diversas perspectivas, y cada vez mas como la “selva oscura” según refería Jorge RODRIGUEZ ZAPATA, Jorge, en su “Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del derecho” Real Colegio de España, 1976.

103 Tras la victoria electoral de Donald Trump se han ido sucediendo las noticias sobre lo que se ha venido llamando DOGE, Department of Government Efficiency, aunque parece que se constituirá como un órgano asesor del Presidente, su finalidad será evaluar costes del gobierno federal e incidir en las dimensiones de la regulación vigente, promoviendo medidas que incrementen la eficiencia de la Administración norteamericana. En Argentina, tras la victoria del actual presidente, Javier Milei, también se está procediendo a una revisión del número e incidencia de la regulación vigente (“El Gobierno derogó 43 normas que le permitían al Estado fijar precios, intervenir mercados y solicitar información innecesaria” noticia de 19 de noviembre de 2023 en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-gobierno-deroga-43-normas-que-le-permitian-al-estado-fijar-precios-intervenir-mercados-y>).

Sin hacer juicios de valor sobre todo ello, siendo la regulación un aspecto central en la evolución del Derecho Administrativo, la entidad, dimensiones, grado de intervencionismo que introduzcan... de esa regulación se convierte en una de las cuestiones más relevantes del debate sobre, como titulaba J. PONCE, “El Derecho administrativo del siglo XXI” (número 52 de la Revista General de Derecho Administrativo (Lustel, octubre 2019) <https://laadministracionaldia.inap>.

A lo largo del tiempo se han evaluado, repensado, una y otra vez. Ese interminable “debate” sobre las –en cierto sentido– dimensiones de regulación y la intensidad e instrumentos de la intervención administrativa se convierte en dovela esencial, en realidad práctica y no mero debate doctrinal, cuando se asiste a la aparición de nuevos fenómenos, mucho más cuando estos pueden ser plenamente calificables de “disruptivos”, como es el caso de la aludida “Inteligencia Artificial” (en lo que nos atañe en su faceta predictiva), o, como es el caso de la aparición y presencia de los “fondos de litigación”, que cabe calificar de –cuando menos– relevante en aspectos tan decisivos para la vida social como la tutela judicial, a los que –desde este punto de vista– volveremos mención.

La torrencial irrupción en nuestras vidas de la Inteligencia Artificial no significa ni que nos encontremos ante un ámbito huérfano de respuesta legal (especialmente en la Unión Europea, tras la aprobación del específico Reglamento en materia de Inteligencia Artificial), pero el mero hecho de que haya o no una nueva y específica regulación, tampoco supone que no sean necesarias en el futuro nuevas respuestas normativas, adaptadas a los nuevos retos tecnológicos.

Cuestión distinta es que esos nuevos retos se enfrentan a paradigmas regulatorios también innovadores.

No se trata solo de lo que digan los textos constitucionales, las distintas normas con rango de ley, o las previsiones reglamentarias, aunque leyes y reglamentos se ocupan (a veces de modo disperso) de cuestiones que tienen que ver con la IA.

La nueva regulación precisa de enfoques más amplios, que muchas veces requieren de acuerdos internacionales.

Al mismo tiempo, esa nueva regulación debe ser maleable dado el estado de la ciencia o la técnica en el momento, su variabilidad con

[es/noticia.asp?id=1510189](https://www.revistasmarcialpons.es/noticia.asp?id=1510189)

Entre otros muchísimos, dada la ingente literatura sobre el particular, véanse también el trabajo ya de 2012 de Juan DE LA CRUZ FERRER, “La estabilidad de la regulación económica” (número 4 de los “Cuadernos” publicados por el Círculo Cívico de Opinión, disponible online), en el que su autor refiere alguno (de los muchos que pudieran buscarse) casos en que una no acertada regulación impacta en el desarrollo de un sector económico o el reciente e interesante estudio de José Ignacio HERNANDEZ GONZALEZ, “La mejora regulatoria en el Derecho Administrativo de la América Española”, Cuadernos de Derecho Regulatorio Vol. 2 | 2024 (disponible online en <http://www.revistasmarcialpons.es>)

el desarrollo de los conocimientos y aplicaciones, su fuerte dependencia de tales aspectos tecnológicos (cuando no éticos).

En el caso europeo, esa mayor “amplitud” geográfica de la respuesta normativa encuentra reflejo en las fuentes normativas comunitarias.

Pero ya no se trata solo de tratados, reglamentos o directivas europeas, leyes o reglamentos, sino de que estas nuevas realidades sociales y jurídicas se convierten en perfecto terreno abonado para la aplicación de cierto grado de autorregulación y de instrumentos de soft law o de las sandbox normativas, entendidas como ámbitos en los reguladores, durante un tiempo determinado, permiten que se prueben nuevos desarrollos tecnológicos, sin tener que encajar en un marco regulatorio existente, es decir, previo a un concreto desarrollo normativo, de modo que, del resultado de dichos test, cuando se establezca una concreta regulación, puedan incorporarse o eliminarse determinados requisitos.

Si no hace muchos años las regulaciones de ámbitos en plena transformación, como es el caso de las telecomunicaciones, imponían periódicos calendarios de revisión, ahora, una rápida innovación tecnológica, fuertemente unida a la globalización, aconseja soluciones regulatorias que a veces se han calificado de experimentales y que están dando lugar a una suerte de “nueva industria legal”¹⁰⁴

¹⁰⁴ Por la facilidad de acceso a una breve pero completa introducción a la cuestión, cabe acudir a Stephen CHEESEMAN, en “The Regulatory Sandbox – a Wake-Up Call for the Legal Industry?” que puede consultarse en <https://www.lawyer-monthly.com/2021/06/the-regulatory-sandbox-a-wake-up-call-for-the-legal-industry/>

Igualmente, véase el documento del BBVA, especialmente centrado en el ámbito de la FinTech, <https://www.fundacionmicrofinanzasbbva.org/revistaprogreso/wp-content/uploads/2018/06/Publicaciones-MF-Sandbox-Regulatorio-en-America-Latina-y-el-Caribe-para-el-ecosistema-Fin-Tech-y-el-sistema-financiero-vf-l.pdf>, y, sin duda, al documento del Banco Mundial al respecto, que esta accesible en <https://www.worldbank.org/en/topic/fintech/brief/key-data-from-regulatory-sandboxes-across-the-globe>

Igualmente, el trabajo de Sofia RANCHORDAS, “Experimental lawmaking in the EU: Regulatory Sandboxes” University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series No. 12/2021 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3963810), donde la autora explica que “there is no EU-wide definition of this concept. ‘Experimental law’ has been defined in the literature as ‘a legislative or regulatory instrument of a temporary nature with limited geographic and/or subject application which is designed to test a new policy or legal solution and includes the prospect of an evaluation at the end of the experimental period’”, de modo que “Regulatory sandboxes are designed to allow market actors to benefit from less burdensome regulatory

El cuadro de situación general parece así moverse entre la falta de respuesta normativa, incluso la duda sobre la conveniencia de una mayor o menor regulación general o en ciertos ámbitos específicos, la existencia de normas diversas, de distintas procedencias, rango y objeto, la aparición de documentos o instrumentos que guíen la actuación de poderes públicos, operadores y ciudadanos, la importancia de los “Códigos de Buenas Prácticas”¹⁰⁵, así como “experimentos” normativos (en el sentido expuesto)¹⁰⁶.

Todo eso debe encajar en los ordenamientos jurídicos donde se insertan, pues aunque las nuevas tecnologías en general, y la Inteligencia Artificial en particular, parecieran una suerte de nuevo mundo, incluso a estos “nuevos mundos” se responde con soluciones jurídicas largamente acuñados, principios generales de larga tradición histórica, que, quizá por

conditions than those established by law (for example, concerning market access requirements for financial products). The term ‘sandbox’ refers not only to the playgrounds where children can safely and freely play but also to the computer science term ‘sandbox’”

Específicamente en la materia de Inteligencia Artificial, véase “REGULATORY SANDBOXES IN ARTIFICIAL INTELLIGENCE. OECD DIGITAL ECONOMY PAPERS”, de Julio de 2023, accessible en <https://www.oecd.org/publications/regulatory-sandboxes-in-artificial-intelligence-8f80a0e6-en.htm>

¹⁰⁵ El Reglamento Comunitario incorpora la referencia a estos Códigos de Buenas Prácticas en su artículo 56, conectándolos con la situación global de la “Inteligencia Artificial”, indicando que “La Oficina de IA fomentará y facilitará la elaboración de códigos de buenas prácticas a escala de la Unión a fin de contribuir a la correcta aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta los planteamientos internacionales”.

¹⁰⁶ Sofia RANCHORDAS, “Experimental lawmaking...” ob cit., pg 4, detalla los requisitos de estos “sandboxes regulatorios”, “strict specification of entry rules (for example, project that should be addressed, admission rules, information to be submitted by applicants, exclusion grounds), including the obligation of applicants to demonstrate readiness for testing...; justification for sandboxing. Regulatory sandboxes are not the default option at the time being for the regulation of products and services; consumer benefit and limitation of consumer risks; potential to promote genuine innovation,... short but preestablished duration of the sandbox; small number of selected participants admitted to the sandbox group (cohort); focus on promoting innovation and entrepreneurialism through regulatory relief; limited scope of the sandbox; restricted extent of regulatory relief... specification of exit rules, including grounds for expulsion of sandbox participants”

Véase también, LLAMAS COVARRUBIAS, J. Z; MENDOZA ENRIQUEZ, O. A y GRAFF GUERRERO, M.- “Enfoques regulatorios para la Inteligencia Artificial” Revista Chilena de Derecho, Vol. 49, numero 3, diciembre 2022

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372022000300003

ello, ofrecen una maleable capacidad de respuesta.

En esa línea deben entenderse, desde la actitud anglosajona ante la regulación de la Inteligencia Artificial, a la respuesta europea al mismo fenómeno, cristalizada en el REGLAMENTO (UE) 2024/1689 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). A esta regulación y sus significativos largos y escalonados momentos de entrada en vigor, habrá que añadir –entre otras- la normativa en materia de protección de datos.

Predicción, predecir, predicho, ... son términos que se mencionan una y otra vez en el mencionado Reglamento comunitario, que intenta evitar que la recolección de datos pueda dar lugar a perfilar a personas o grupos, y con ello generar “predicciones” que, en la práctica, perjudiquen los derechos de estas personas o grupos, cuando no predicciones que se “auto cumplan” a la medida de quien diseña las herramientas tecnológicas en cuestión.

La norma pretende así que tales “previsiones” puedan ser “revisadas”, “corregidas” y –en su caso- “descartadas” (por ejemplo, artículo 5 c) –prácticas prohibidas-, artículo 60, 4 k) - Pruebas de sistemas de IA de alto riesgo en condiciones reales fuera de los espacios controlados de pruebas para la IA-, artículo 61, 1 d) - “Consentimiento informado para participar en pruebas en condiciones reales fuera de los espacios controlados de pruebas para la IA”).

Justicia, y cabría decir, en general “sistemas legales de solución de conflictos” también son mencionados en no pocas ocasiones en el mencionado Reglamento, debiendo comenzar por destacar que aparece reflejado en el Anexo III, “Sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el artículo 6, apartado 2”, del que nos permitiríamos destacar –por sus implicaciones en relación con lo tratado aquí- entre otros, los apartados 5 “Acceso a servicios privados esenciales y a servicios y prestaciones públicos esenciales y disfrute de estos servicios y prestaciones; 6 “Garantía del cumplimiento del Derecho, en la medida en que su uso esté permitido por el Derecho de la Unión o nacional

aplicable” y 8 “Administración de justicia y procesos democráticos”¹⁰⁷.

Complementétese la cita con lo contenido en el apartado 96 del extenso preámbulo del Reglamento en el que se afirma que “A fin de garantizar eficazmente la protección de los derechos fundamentales, los responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo que sean organismos de Derecho público, o las entidades privadas que presten servicios públicos y los responsables del despliegue de determinados sistemas de IA de alto riesgo enumerados en un anexo del presente Reglamento, como las entidades bancarias o de seguros, deben llevar a cabo una evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales antes de su puesta en funcionamiento. Algunos servicios importantes para las personas que son de carácter público también pueden ser prestados por entidades privadas. Las entidades privadas que prestan estos servicios públicos se vinculan a funciones de interés público, por ejemplo, en el ámbito de la educación, la asistencia sanitaria, los servicios sociales, la vivienda y la administración de justicia. El objetivo de la evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales es que el responsable del despliegue determine los riesgos específicos para los derechos de las personas o colectivos de personas que probablemente se vean afectados y defina las medidas que deben adoptarse en caso de que se materialicen dichos riesgos. La evaluación de impacto debe

¹⁰⁷ Como explica el apartado 61 del preámbulo del Reglamento comunitario, “Deben clasificarse como de alto riesgo determinados sistemas de IA destinados a la administración de justicia y los procesos democráticos, dado que pueden tener efectos potencialmente importantes para la democracia, el Estado de Derecho, las libertades individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. En particular, a fin de hacer frente al riesgo de posibles sesgos, errores y opacidades, procede clasificar como de alto riesgo aquellos sistemas de IA destinados a ser utilizados por una autoridad judicial o en su nombre para ayudar a las autoridades judiciales a investigar e interpretar los hechos y el Derecho y a aplicar la ley a unos hechos concretos. También deben considerarse de alto riesgo los sistemas de IA destinados a ser utilizados por los organismos de resolución alternativa de litigios con esos fines, cuando los resultados de los procedimientos de resolución alternativa de litigios surtan efectos jurídicos para las partes. La utilización de herramientas de IA puede apoyar el poder de decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe sustituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana. No obstante, la clasificación de los sistemas de IA como de alto riesgo no debe hacerse extensiva a los sistemas de IA destinados a actividades administrativas meramente accesorias que no afectan a la administración de justicia propiamente dicha en casos concretos, como la anonimización o seudonimización de resoluciones judiciales, documentos o datos, la comunicación entre los miembros del personal o las tareas administrativas”



llevarse a cabo antes del despliegue del sistema de IA de alto riesgo y debe actualizarse cuando el responsable del despliegue considere que alguno de los factores pertinentes ha cambiado. La evaluación de impacto debe determinar los procesos pertinentes del responsable del despliegue en los que se utilizará el sistema de IA de alto riesgo en consonancia con su finalidad prevista y debe incluir una descripción del plazo de tiempo y la frecuencia en que se pretende utilizar el sistema, así como de las categorías concretas de personas físicas y de colectivos de personas que probablemente se vean afectados por el uso del sistema de IA de alto riesgo en ese contexto de uso específico. La evaluación también debe determinar los riesgos de perjuicio específicos que probablemente afecten a los derechos fundamentales de dichas personas o colectivos. Al llevar a cabo esta evaluación, el responsable del despliegue debe tener en cuenta la información pertinente para una evaluación adecuada del impacto, lo que incluye, por ejemplo, la información facilitada por el proveedor del sistema de IA de alto riesgo en las instrucciones de uso. A la luz de los riesgos detectados, los responsables del despliegue deben determinar las medidas que han de adoptarse en caso de que se materialicen dichos riesgos, entre las que se incluyen, por ejemplo, sistemas de gobernanza para ese contexto de uso específico, como los mecanismos de supervisión humana con arreglo a las instrucciones de uso, los procedimientos de tramitación de reclamaciones y de recurso, ya que podrían ser fundamentales para mitigar los riesgos para los derechos fundamentales en casos de uso concretos. Tras

llevar a cabo dicha evaluación de impacto, el responsable del despliegue debe notificarlo a la autoridad de vigilancia del mercado pertinente. Cuando proceda, para recopilar la información pertinente necesaria para llevar a cabo la evaluación de impacto, los responsables del despliegue de un sistema de IA de alto riesgo, en particular cuando el sistema de IA se utilice en el sector público, pueden contar con la participación de las partes interesadas pertinentes, como, por ejemplo, los representantes de colectivos de personas que probablemente se vean afectados por el sistema de IA, expertos independientes u organizaciones de la sociedad civil, en la realización de dichas evaluaciones de impacto y en el diseño de las medidas que deben adoptarse en caso de materialización de los riesgos. La Oficina Europea de Inteligencia Artificial (en lo sucesivo, "Oficina de IA") debe elaborar un modelo de cuestionario con el fin de facilitar el cumplimiento y reducir la carga administrativa para los responsables del despliegue".

Reiterando que no es pretensión de estas páginas hacer examen ni exposición de la regulación de la Inteligencia Artificial, lo expresado nos remite, por un lado, al régimen jurídico de los "Sistemas de Alto Riesgo" (artículos 6 y siguientes del Reglamento), su definición, requisitos y obligaciones para los correspondientes operadores, importadores distribuidores, responsable del despliegue (véase también los artículos 16, 23, 24 y 26) y en general sobre cuántos sujetos integren lo que la norma denomina "cadena de valor" (artículo 25).

Estos requisitos y obligaciones incluyen:

Un específico sistema de gestión de riesgos (artículo 9), de carácter dinámico, en la medida en que se entiende “como un proceso iterativo continuo planificado y ejecutado durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo, que requerirá revisiones y actualizaciones sistemáticas periódica” y que incorpora la determinación y el análisis de los riesgos conocidos y previsibles, la estimación y la evaluación de los riesgos que podrían surgir, la evaluación de otros riesgos que podrían surgir, a partir del análisis de los datos recogidos con el sistema de vigilancia post comercialización y la adopción de medidas adecuadas y específicas de gestión (eliminación, mitigación, formación en su gestión ...) de riesgos diseñadas para hacer frente a los riesgos detectados.

El artículo 10 de la tan repetida disposición europea previene que aquellos “sistemas de IA de alto riesgo que utilizan técnicas que implican el entrenamiento de modelos de IA con datos se desarrollarán a partir de conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba que cumplan los criterios de calidad a que se refieren los apartados 2 a 5 siempre que se utilicen dichos conjuntos de datos”.

El apartado segundo del precepto concreta que “Los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba se someterán a prácticas de gobernanza y gestión de datos adecuadas para la finalidad prevista del sistema de IA de alto riesgo. Dichas prácticas se centrarán, en particular, en lo siguiente: a) las decisiones pertinentes relativas al diseño; b) los procesos de recogida de datos y el origen de los datos y, en el caso de los datos personales, la finalidad original de la recogida de datos; c) las operaciones de tratamiento oportunas para la preparación de los datos, como la anotación, el etiquetado, la depuración, la actualización, el enriquecimiento y la agregación; d) la formulación de supuestos, en particular en lo que respecta a la información que se supone que miden y representan los datos; e) una evaluación de la disponibilidad, la cantidad y la adecuación de los conjuntos de datos necesarios; f) el examen atendiendo a posibles sesgos que puedan afectar a la salud y la seguridad de las personas, afectar negativamente a los derechos fundamentales o dar lugar a algún tipo de discriminación prohibida por el Derecho de la Unión, especialmente cuando las salidas de datos influyan en las informaciones de entrada de futuras operaciones; g) medidas adecuadas para detectar, prevenir y mitigar posibles ses-

gos detectados con arreglo a la letra f); h) la detección de lagunas o deficiencias pertinentes en los datos que impidan el cumplimiento del presente Reglamento, y la forma de subsanarlas.

Como quiera que cuales sean los datos sobre los que trabaje la aplicación resulta un aspecto decisivo para valorar el resultado de la misma, el mismo artículo aun precisa que: “3. Los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba serán pertinentes, suficientemente representativos y, en la mayor medida posible, carecerán de errores y estarán completos en vista de su finalidad prevista. Asimismo, tendrán las propiedades estadísticas adecuadas, por ejemplo, cuando proceda, en lo que respecta a las personas o los colectivos de personas en relación con los cuales está previsto que se utilice el sistema de IA de alto riesgo. Los conjuntos de datos podrán reunir esas características para cada conjunto de datos individualmente o para una combinación de estos. 4. Los conjuntos de datos tendrán en cuenta, en la medida necesaria para la finalidad prevista, las características o elementos particulares del entorno geográfico, contextual, conductual o funcional específico en el que está previsto que se utilice el sistema de IA de alto riesgo”, incorporando el número 5 del tan relevante artículo 10 mecanismos específicamente dirigidos a identificar y corregir posibles “sesgos”.

A estos sistemas de alto riesgo se les imponen relevantes obligaciones en cuanto a precisión, solidez, ciberseguridad (artículo 15), documentación técnica, conservación de registros, transparencia y comunicación de información garantice, en su diseño y desarrollo se garantice “que funcionan con un nivel de transparencia suficiente para que los responsables del despliegue interpreten y usen correctamente sus resultados de salida. Se garantizará un tipo y un nivel de transparencia adecuados para que el proveedor y el responsable del despliegue cumplan las obligaciones” (artículo 13).

A todas esas obligaciones se suman aquellas relativas al control de calidad (artículo 17), medidas correctoras e información (artículo 20).

Para estos sistemas, el Reglamento comunitario impone la “supervisión humana”, afirmando su artículo 14 que “se diseñarán y desarrollarán de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso, lo que incluye dotarlos de herramientas de interfaz humano-máquina adecuadas”, siendo el objetivo de la supervi-

sión humana “prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando se utiliza un sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible, en particular cuando dichos riesgos persistan a pesar de la aplicación de otros requisitos establecidos en la presente sección”.

Los mecanismos y alcance de la supervisión “serán proporcionales a los riesgos, al nivel de autonomía y al contexto de uso del sistema de IA de alto riesgo”, describiendo la norma los siguientes: “a) las medidas que el proveedor defina y que integre, cuando sea técnicamente viable, en el sistema de IA de alto riesgo antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio; b) las medidas que el proveedor defina antes de la introducción del sistema de IA de alto riesgo en el mercado o de su puesta en servicio y que sean adecuadas para que las ponga en práctica el responsable del despliegue”.

Complementariamente, habrá de ofrecerse al responsable del despliegue de tal modo que las personas físicas a quienes se encomiende la supervisión humana puedan, según proceda y de manera proporcionada a: a) entender adecuadamente las capacidades y limitaciones pertinentes del sistema de IA de alto riesgo y poder vigilar debidamente su funcionamiento, por ejemplo, con vistas a detectar y resolver anomalías, problemas de funcionamiento y comportamientos inesperados; b) ser conscientes de la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en los resultados de salida generados por un sistema de IA de alto riesgo (“sesgo de automatización”), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión; c) interpretar correctamente los resultados de salida del sistema de IA de alto riesgo, teniendo en cuenta, por ejemplo, los métodos y herramientas de interpretación disponibles; d) decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o descartar, invalidar o revertir los resultados de salida que este genere; e) intervenir en el funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo o interrumpir el sistema pulsando un botón de parada o mediante un procedimiento similar que permita que el sistema se detenga de forma segura”

La norma incorpora un específico mecanismo de “Evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales para los sistemas de IA de alto riesgo” (artículo 27), así como todo un

sistema de notificaciones, controles administrativos, evaluaciones de conformidad, certificación y registro (artículos 28 y siguientes).

A la regulación de los “modelos de uso general”, especialmente en cuanto que puedan suponer “riesgo sistémicos”, el Reglamento de la UE, como apoyo a un aspecto clave de estas tecnologías en expansión, añade una especial mención regulatoria a los “Espacios controlados de pruebas para la IA” (artículos 57 y siguientes) que proporcionen “un entorno controlado que fomente la innovación y facilite el desarrollo, el entrenamiento, la prueba y la validación de sistemas innovadores de IA durante un período limitado antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio, con arreglo a un plan del espacio controlado de pruebas específico acordado entre los proveedores o proveedores potenciales y la autoridad competente. Tales espacios controlados de pruebas podrán incluir pruebas en condiciones reales supervisadas dentro de ellos”.

En los epígrafes anteriores del trabajo se han apuntado distintos aspectos de los problemas y experiencias relacionados con la Inteligencia Artificial Predictiva aplicable a la solución jurídica de controversias.

Es fácil observar que la regulación contenida en el Reglamento comunitario a la que se ha hecho fragmentaria referencia, aun no referida específicamente a este ámbito, va incidiendo en esos mismos problemas o cuestiones. Seguridad, transparencia, sesgos, recolección de datos, entrenamiento y mejora...

Las posibilidades que ofrece su desarrollo, el margen que ofrecen los espacios controlados de prueba, son aun “terra incognita”, que, como tal, no deja de ser un reto al que el ser humano difícilmente se sustrae, un territorio que se desea explorar.

Al plano general descrito convendría sumar la cita de la normativa sobre protección de datos, no solo porque es reiteradamente mencionada en el Reglamento UE sobre Inteligencia Artificial, sino también por su relevancia en el sector legal y financiero en que se mueven los fondos de litigación (véase, entre otros, los artículos 22 y 71 del Reglamento General de Protección de Datos y 29 del Convenio Europeo de Protección de Datos)

Si se puede intentar predecir el resultado de un litigio, un fondo de litigación sin duda intentaría hacerlo, de modo que las conclusiones

de ese intento terminarían cristalizando en el acuerdo de financiación.

Ya no hablaríamos solo de “iustech”, sino también de “fintech” (e incluso, “insurtech”¹⁰⁸, de la que es buen ejemplo el programa informático norteamericano “Colossus”¹⁰⁹)

Dado que bien sea a través de los códigos de buenas prácticas, bien a través de la regulación, estos acuerdos de financiación podrían ser fiscalizados, ello a su vez lleva a la generación y fiscalización de las herramientas empleadas, pues si la decisión misma de invertir o no, o el acuerdo de financiación se basa en los cálculos sobre previsibilidad, cabría pensar que la canti-

dad otorgada al financiado y la retribución se acomodara a ello, de modo que si para las decisiones automatizadas la Administración está sometida al cumplimiento de ciertos requisitos (artículos 22 RGPD y 41 Ley 40/2015), por que no también los tribunales puedan llegar a conocer la correlación entre los distintos factores del acuerdo financiero, pues es fácil deducir que los límites retributivos a estos fondos están pensados para evitar que estos tomen ventaja sobre sus financiados, o incluso que –en la práctica– el interés litigioso termine siendo más el del financiador, no parte en el proceso, que el del financiado, demandante.

Si con la Inteligencia Artificial se suscita la interrogante de la necesidad o no de regulación (su extensión), por ende, del grado de la intervención administrativa, mutatis mutandis sobre los Fondos de Litigación, en cuanto que instrumento financiero relativamente reciente, que muestra una potente incidencia en la esfera legal y procesal, que alimenta algo tan importante como la posibilidad real de accionar, lo que en un Estado de Derecho no es sino sinónimo de la posibilidad real de controlar el funcionamiento de Administraciones, empresas...

Aunque sentidos distintos, Fondos de Litigación e Inteligencia Artificial son realidades emergentes, condenadas a la intersección de los planos en que operan.

Del mismo modo que se decía sobre la Inteligencia Artificial, incluso en ausencia de una respuesta regulatoria específica, el ordenamiento jurídico ofrece instrumentos aplicables a los Fondos de Litigación, e incluso más que una respuesta omnicomprendensiva, la regulación puede ir atendiendo aspectos específicos de su operativa, singularmente aquellos que pudieran resultar más críticos para los usuarios, para los derechos de terceros, para el buen orden del sistema legal y financiero en los que operan, e incluso para los intereses públicos.

También de modo paralelo a lo que se comentó respecto de la Inteligencia Artificial, esa regulación se anticipa o complementa con mecanismos de autorregulación y de softlaw.

Al tratar sobre Inteligencia Artificial Predictiva, incluso sobre acciones colectivas, ámbito especialmente relevante para estos “new players” jurídico financieros, y sobre Fondos de Litigación, el carácter emergente de estas realidades, casi como en las leyes de la física, al igual que atrae la necesidad de regulación e intervención administrativa, repele el exceso

108 Insurtech puede definirse “como el uso de procesos digitales orientados a agregar valor a los productos y líneas de negocios del mercado asegurador” (véase, ESPINOZA, P, JAQUE, M, BOBADILLA, P y SALAZAR, R. “Desarrollo, regulación y supervisión de tecnologías digitales en las industrias de seguros”, en Nota Técnica número 01/2020, de la Comisión del Mercado Financiero chilena, accesible en https://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/articles-38712_doc_pdf.pdf). El estudio analiza las diversas interacciones entre las nuevas tecnologías y el mercado asegurador, apuntando los riesgos en el uso de la inteligencia artificial, no solo por la posible introducción de sesgos que profundicen en situaciones de exclusión financiera, sino que puedan afectar a la medición del riesgo operacional y a las dificultades en la supervisión, aspecto este último en el que se trae a colación la experiencia de la británica Financial Conduct Authority (FCA), la norteamericana National Association of Insurance Commissioners, NAIC y la australiana, Australian Securities & Investments Commission, ASIC

109 Colossus, entendido este no como aquella ya mítica computadora sino como aplicación informática basada en Inteligencia Artificial, es un programa al que recurren buena parte de las grandes aseguradoras norteamericanas para ajustar el importe de las indemnizaciones, genuina “némesis” de las firmas de abogados especializadas en reclamaciones por daños, hasta el punto de que alguna de ellas incluye una referencia a dicha aplicación informática en sus anuncios televisivos, orgullosos de “doblegarla”, de no limitarse a la respuesta informática.

Entre otras muchas websites que hacen alusión a Colossus, véase <https://espanol.pendaslaw.com/colossus-el-programa-de-computadora-usado-rutinariamente-por-las-companias-de-seguro-para-valorar-su-reclamacion-de-lesiones-personales/>, también <https://www.joestephenslaw.com/es/que-empresas-de-seguros-de-automoviles-utilizan-el-software-de-ajuste-de-siniestros-de-colossus/> o https://www.straffordpub.com/products/colossus-xactimate-ai-and-other-insurance-adjustment-software-maximizing-auto-accident-claim-settlement-offers-2022-10-26?trk=ZQSGML&gad=1&gclid=CjwKCAjwpJWoBhA8EiwAHZFzfoG_EUe0uwS5S4YD8GHY3dR4thloGnpola7BCp2baj1IODd-H8siQxoC3-QQAvD_BwE, y quizá para completar la sugerida publicación en la web de la American Bar Association (https://www.americanbar.org/groups/tort_trial_insurance_practice/publications/the_brief/2019-20/winter/colossus-and-xactimate-tale-two-ai-insurance-software-programs/) “Colossus and Xactimate: a Tale of two AI Insurance Software Programs”, en que se hace alusión a otro aplicación informática con finalidad análoga.

en una y otra, evitando agostar su fuerza innovadora.

La Inteligencia Artificial, en su faceta predictiva, no cesará en su avance, aunque el mismo no sea lineal en todas las áreas sobre las que se aplique, debiendo adaptar su desarrollo a los problemas que suscita técnica, jurídica y éticamente su aplicación al ámbito decisional legal, pero la existencia de esos problemas no pueden suponer una prohibición nominal de ese desarrollo.

La financiación de la actividad litigiosa mediante la entrada en el escenario de los fondos de litigación también es una realidad tan innegable como en expansión, hasta el punto de que, desde un punto de vista económico, se llegue a hablar de un cierto grado un cierto riesgo de convertirlos en un cierto tipo de “commodity”. Más que mirar a otro lado, o pretender que la ley tiene el poder taumatúrgico de borrar las cosas de la realidad, el ordenamiento habrá de dar respuestas a su control atendiendo a su papel financiero y procesal y a los intereses privados y públicos en presencia.

La Inteligencia Artificial es y será una ayuda para la nueva litigiosidad, como asistente (singularmente en casos de litigiosidad masiva) y como herramienta a los fines de la predictividad.

Los Fondos de Litigación pueden permitirse mayores inversiones en tecnología, y necesitan herramientas para identificar, calificar y clasificar áreas de actuación, determinando también el volumen que la inversión y el margen de retorno que esperan obtener.

La intersección entre IA predictiva y TPLF es una realidad en avance, como cada uno de los planos que la definen.

La regulación e intervención administrativa de una y otra realidad emergente habrá de cuidar de preservar los intereses públicos y privados en presencia, y de evitar que un exceso de celo produzca efectos indeseables sobre los efectos deseables de su desarrollo.

Por segunda vez habremos de citar a los inmortales personajes de Cervantes, ya que, cuando Sancho fue gobernador de Barataria, recibió el quijotesco consejo de no hacer muchas “pragmáticas”, pero si las hiciera, que procurasen que fueran “buenas”, lo que recuerda que el proceso de elaboración de disposiciones generales debe perseguir el valor

de la legalidad de la medida, pero también su acierto¹¹⁰.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES MEJOR QUE INTENTO ALGUNO DE INTRODUCIR CONCLUSIONES

La aparición de nuevos “jugadores” en el ya poblado mundo legal, y la irrupción de también una novedosa herramientas en manos de los seres humanos, la Inteligencia Artificial, son fenómenos que, por separado y conjuntamente, llevan a la humilde reflexión, más que a la aseveración que define el intento siquiera de ofrecer conclusiones.

Los seres humanos, las sociedades, siempre han convivido y seguirán conviviendo, con la disparidad de criterios, la disputa, el conflicto, el incumplimiento, la reclamación... El Derecho es uno de los instrumentos para buscar resolver tales fenómenos, lo ha sido en el pasado, y lo será en el futuro.

Entendida la litigiosidad en un sentido amplio que abarca pleitos ante juzgados y tribunales pero también recursos ante las Administraciones o soluciones alternativas de conflictos, sus mayores o menores proporciones, no son algún tipo de enfermedad que deba ser erradicada, sino como una consecuencia de la utilidad del Derecho para resolver conflictos a la que deben darse soluciones técnicas y prácticas, sabiendo que estas soluciones no son inalterables, sino que evolucionan con el tiempo, las sociedades, la historia.

Lejos de creer que habrá menos litigios (en el sentido amplio mencionado) lo que la experiencia nos muestra es su transformación.

En esa transformación juegan y jugarán un papel importante los fondos de litigación, la emergencia de la litigiosidad estratégica, las acciones colectivas...

Como siempre ha sido para cualquier abogado, para cualquier cliente, para cualquier juez, para estos “nuevos jugadores”, “imaginar”, “intuir” o “predecir” el resultado es muy relevante, sea para buscar generar un cambio normativo o jurisprudencial, sea para asegurar un resultado económico, siendo este dato, unido al de su carácter financiero, un rasgo característico de los fondos de litigación.

¹¹⁰ Véase el artículo 26 de la Ley 50/1997, reformado a través de la Ley Orgánica 1/2025.



La importancia de estos “nuevos actores” y especialmente de estos Fondos, ya empieza a ser conocida, pero sus futuras dimensiones y las cuestiones que conllevarán, aun es pronto para terminar de determinarlas.

Paralelamente, la Inteligencia Artificial puede aparecer –para algunos– como una dorada, jugosa, atractiva solución mágica y poderosa a muchos problemas humanos, hasta el punto de que pueda hacer más llevaderos algunos de ellos. Pero también –para otros, algunos recordando a los viejos ludistas– puede dar la imagen de poner en riesgo muchos aspectos centrales del devenir personal, como venimos conociéndolo.

Por prodigiosa que parezca la Inteligencia Artificial aun estamos viendo el comienzo del fenómeno.

Es momento de observación y también de reflexión “activa”.

PONCE SOLE¹¹¹ trae a colación el llamado “efecto Eliza”, en virtud del cual, quienes utilizaron un primer programa de chatbot (ya a mediados de la pasada década de los sesenta) comenzaron por confiar en las respuestas de la computadora, humanizándola, lo que dio lugar a que Weizenbaum, programador de “Eliza”, en su libro de 1976 “Computer power and human reason: From judgment to calculation” (en español titulado “La frontera entre el ordenador y la mente”) alertara “sobre el peligro de atribuir tareas que exigían auténtica empatía humana a sistemas algorítmicos, aludiendo entre ellas a algunas tales como la de juez u oficial de policía”, ámbitos a los que PONCE añade otra, la de la supervisión, control o vigilancia humana del funcionamiento

111 PONCE SOLE, Juli.- “Seres humanos e inteligencia artificial: discrecionalidad artificial, reserva de humanidad y supervisión humana” (en INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SECTOR PÚBLICO. RETOS, LÍMITES Y MEDIOS. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2023, coordinada por Eduardo GAMERO y Francisco L. PEREZ GUERRERO, páginas 195 y ss)

del sistema, “human in the loop”, o el humano en el sistema.

Las herramientas informáticas ya hace tiempo que nos sirven para muchas tareas, también en el ámbito legal. Búsqueda, redacción, cálculo, incluso automatización de decisiones de trámite o puramente regladas, etc

Lo harán en mayor medida, del mismo modo que la conducción autónoma va alejándose del mundo de la fantasía para pasar al de la realidad, pero, como en la conducción autónoma, el vehículo elige la ruta en base a unos programas informáticos que el ser humano ha concebido (incluso los ha concebido para que sigan aprendiendo autónomamente), así como, durante el camino, “va tomando decisiones” sobre la base de las operaciones de un programa informático, un conjunto de algoritmos, también derivados de la mente humana (también aunque se conciben para seguir aprendiendo). En el borgiano avance por los caminos que se bifurcan, en el sentido indicado, ese coche autónomo, no lo es del todo.

Las aplicaciones de la informática y el Derecho son objeto de interés doctrinal (legal y jurisprudencial) ya desde hace tiempo. En lo que se refiere a la faceta “predictiva” puede vincularse al artículo de Lee LEOVINGER, “Jurimetrics. The next step forward”, publicado en 1949 en la Minnesota Law Review.

Las mejoras tecnológicas y, con ellas, las mayores aplicaciones prácticas, hacen sugestivas las posibilidades que ofrecen. Pero aun queda un largo camino por recorrer.

Las singularidades del razonamiento legal, la variedad que suponen las circunstancias específicas de muchos litigios, lo sensible de la materia misma. Todos estos factores y cada uno de ellos, inciden en el avance de la Inteligencia Artificial Predictiva en materia legal, e incluso a veces aconsejan reconducir los esfuerzos hacia sistemas de ayuda a los operadores legales, aunque estos sistemas, llamados a afinar datos, ayudar en la elaboración de argumentos y motivaciones... puedan terminar ayudando a la predictibilidad misma.

En ese largo camino, los problemas tecnológicos descubren otros legales, no ya de mera técnica normativa, sino de profundo calado, desde la privacidad, a los errores, los sesgos, el ruido...

Serán humanos quienes determinen las preguntas o el modo en que se pregunta al

sistema. Serán humanos quienes determinen los criterios para determinar los datos que se incorporan al programa y serán humanos quienes diseñen los algoritmos que hayan de emplear.

Más allá de que las herramientas serán mejores cuanto más se invierta para recopilar, y computar, y aunque el programa pueda aprender a lo largo de su funcionamiento, la predicción queda en si misma afectada por las premisas de la inversión¹¹², las fuentes que emplee y su diseño mismo.

Del mismo modo que, según el bardo de Statford, estamos hechos del mismo material que los sueños, ni todos los litigios pueden “serializarse”, ni cosificarse, antes al contrario, el Derecho está pensado por y para personas, individual y colectivamente, y ello es aplicable al diseño de la norma y también a su aplicación.

La Inteligencia Artificial, las tecnologías de “Big Data”, pueden ofrecernos una imagen de “gran mancha de datos”, cuyo análisis probabilístico deriva en una solución. El Derecho es algo más que eso, esa enormidad de datos da lugar a instituciones, conceptos, tan abstractos como, al mismo tiempo, capaces de ofrecer soluciones, una y otra vez, a diferentes supuestos y a lo largo del tiempo.

Las máquinas pueden ofrecernos la sensación de invencibilidad, incluso de infalibilidad. Pero su capacidad para estandarizar preguntas y respuestas, la protocolización que ello entraña, no es incompatible con la capacidad de improvisación, la chispa creativa del espíritu humano, aunque solo sea por la vieja advertencia militar, atribuida a Von Moltke, de que “ningún plan, por bueno que sea, resiste su primer contacto con el enemigo” o porque -como en el Jazz- la improvisación, se ensaya.

La predictibilidad llevada al extremo pudiera provocar una cierta fosilización jurídica, en la medida en que las decisiones futuras, se basarían en las pasadas, la predicción no sería una

¹¹² Son muchos los ejemplos de mejoras tecnológicas e inversión, por citar dos, el nuevo chip “Blackwell”, que incrementa la capacidad de procesamiento (<https://nvidia-news.nvidia.com/news/nvidia-blackwell-platform-arrives-to-power-a-new-era-of-computing>) o la proliferación de noticias sobre el establecimiento de millonarios centros de datos, elijase como ejemplo, la noticia de “El Heraldo de Aragón” de 28 de octubre de 2024 “*Estos son los 18 centros de datos planificados en Zaragoza y Huesca*” (<https://www.heraldo.es/noticias/aragon/2024/10/09/estos-son-los-19-centros-de-datos-planificados-en-zaragoza-y-huesca-1768346.html>)

“averiguación del futuro”, sino una repetición y reflejo del pasado.

Aquello que los jueces ya habían decidido en el pasado sería el patrón para predecir lo que decidirían en el futuro, que, más pronto o más tarde, ya no sería decisión “asistida” de jueces, sino decisión automática de un programa informático aplicando ese patrón.

¿Llevaría eso a la desaparición de los litigios?¹¹³, o ¿solo supondría entregar su solución a una máquina que operase del modo de una simple calculadora?

La evolución del Derecho basada en un sistema de diversas fuentes del Derecho se vería modificada de modo tal que dicha evolución quedaría pendiente especialmente de las modificaciones normativas, a las que se fiaría la modificación de los patrones de decisiones jurisprudenciales, cuando no la consagración de principios generales.

Ahora bien, recuérdese que los litigantes (individualmente, amparados en asociaciones, financiados por fondos...) seguirán necesitando no ya un “lobby” que apoye un cambio legal, sino en muchas ocasiones un precedente del

que derivar ese cambio normativo, o una sucesión de litigios que avancen (a veces en tropel) por el camino abierto por ese caso líder. La predictividad de la solución se tornaría en la elección de argumentos que esa predictibilidad ofreciera como “ganadores”.

Desde ese punto de vista, los propios operadores jurídicos, lejos de desear esa predictibilidad esterilizadora, preferirán otra que no cercene sus vías de futuro, del modo en que ha venido avanzando el Derecho a lo largo de los siglos, como también lo ha hecho empleando las nuevas herramientas que se ofrecían a cada momento.

Goya alcanzo a esbozar los monstruos generados en el sueño de la razón y Philip K. Dick a imaginar a androides soñando con ovejas electrónicas, estos nuevos “jugadores” y estas nuevas tecnologías, siendo conscientes de los riesgos que emergen (valga aludir al manifiesto “Statement on AI Risk”¹¹⁴), lejos de ser pesadillas con las que sueñen los abogados, los juristas en general, sería deseable pensar que serán nuevas realidades a las que se adaptaran, nos adaptaremos, para perseverar en el constante desarrollo del Derecho, para obtener mejores resultados para sus clientes, y para ellos mismos.

113 Recuérdese la frase del economista MALKEIL, “si la gente sabe que el precio subirá a 40 mañana, subirá a 40 hoy” (MALKEIL, B.G. “A random walk down Wall Street” WW. Norton, 1996, <https://yourknowledgedigest.org/wp-content/uploads/2020/04/a-random-walk-down-wall-street.pdf>)

Ni que decir tiene que esa percepción bursátil del precio que alcanzara una acción, puede pretender trasladarse a la suposición sobre el resultado de un litigio. Ahora bien, ese “saber” bursátil puede tener como origen aspectos que guardan relación con “comportamiento humano”, incluso rumores sobre la situación de una compañía, circunstancias difícilmente cuantificables y hasta de difícil verbalización. En el Derecho, entregar ese “saber” a un mero algoritmo, mejor, entregarlo a quien haya seleccionado las fuentes de las que beberá el programa, las preguntas que haya de formularse y el algoritmo para esa contestación, sin que haya un componente humano decisorio para cada caso, sería tanto como aceptar admisible que los sesgos de unos pocos pudieran contagiarse a todos.

114 <https://www.safe.ai/work/statement-on-ai-risk#open-letter>

Es recomendable no quedarse en la impresionante lista de quienes firman la declaración, la “open letter”, sino adentrarse en la lista de desafíos que desarrolla, que comienza con la afirmación de que “Mitigating the risk of extinction from AI should be a global priority alongside other societal-scale risks such as pandemics and nuclear war”, para luego desgranar el riesgo de usos maliciosos (persuasive IAs, concentration of power...), los propios de una carrera por el desarrollo e implementación de estas nuevas tecnologías en distintos ámbitos, los que atañen a aspectos organizativos, acentuando la necesidad de control y transparencia, la inquietante posibilidad avanzada por Kubrick de que “future advanced AIs might “go rogue” and pursue goals counter to our interests, while evading our attempts to redirect or deactivate them”.