



Práctica Forense
Peritación de joyas.
Aspectos a valorar
5



Práctica Forense
Dictámenes periciales
sobre aspectos
económicos
7

ESADE
Facultad de Derecho
Universidad Ramon Llull
**INSTITUTO DE
PROBÁTICA Y DERECHO
PROBATORIO**

EN PRIMERA PERSONA

LA LEY 17102/2013

La valoración de la prueba y la presunción de inocencia. Entrevista con el Prof. Dr. Jordi Ferrer Beltrán



El prestigioso jurista Jordi Ferrer Beltrán, Director de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona, explica las aportaciones de la perspectiva filosófica del derecho en materias probatorias partiendo de conceptos del derecho procesal, partiendo de la base de que el objetivo fundamental en materia probatoria sea la averiguación de la verdad, a través de una valoración racional de la prueba.

Revista cuatrimestral del Instituto de Probática y Derecho Probatorio. Dirigida a juristas y otros colaboradores de la Justicia interesados en la semiótica, en cómo probar los hechos y en el Derecho probatorio.

Consejo de redacción

Prof. Dr. Xavier Abel Lluch
Prof. Dr. Frederic Munné Catarina
Prof. Dr. Lluís Muñoz Sabaté
Prof. Dr. Manuel Richard González
Prof. Dr. David Velázquez Vioque

Director

Frederic Munné Catarina
Abogado, doctor en Derecho,
profesor de Derecho Procesal
de la Facultad de Derecho
ESADE-URL

Subdirector

Manuel Richard González
Profesor Titular de Derecho
Procesal UPNA. Miembro del Equipo
Académico del Instituto de Probática
y Derecho Probatorio (ESADE-URL)

Colaboradores en este número

Xavier Abel Lluch
Jordi Castells Llavínés
Jordi Ferrer Beltrán

Carlos de Miranda Vázquez
Helen Pino Vera

Olga Rovira Torres
Gloria Serra Catalán

sumario

■ En primera persona

La valoración de la prueba y la presunción de inocencia. Entrevista con el Prof. Dr. Jordi Ferrer Beltrán **1**

■ Práctica Forense

Peritación de joyas. Aspectos a valorar **Gloria SERRA CATALÁN 5**
Dictámenes periciales sobre aspectos económicos. Metodología y ámbito **Jordi CASTELLS LLAVINÉS 7**

■ Dossier

Dossier de los Tribunales sobre probática **Carlos de MIRANDA VÁZQUEZ 9**
Jurisprudencia sobre derecho probatorio **Xavier ABEL LLUCH 16**

■ Preguntas con respuesta: la prueba a consulta

¿Es posible que se practique conjuntamente toda la prueba pericial admitida en el juicio? **Olga ROVIRA TORRES 22**
La solicitud de respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas prevista en el art. 381 de la LEC en el juicio verbal ¿Prueba anticipada o diligencias finales? **Helen PINO VERA 23**

■ Rincón de Lectura **25**

¿Cómo despertó su interés el estudio de los temas de prueba?

Hice mi tesis doctoral en materia de teoría del derecho, sobre el carácter de las normas de competencia, un tema que despierta poco interés en los juristas prácticos. Cuando terminé la tesis doctoral, me surgió la preocupación de pensar que la teoría de los sistemas jurídicos tenía poco recorrido más, respecto al que ya se había desarrollado. De hecho, la filosofía del derecho ha prestado una atención insuficiente al derecho en sí. Provocativamente, podría decir que en realidad, los filósofos del derecho si algo no sabemos suficiente es de derecho. Trabajar en la línea de preocuparse por los conceptos jurídicos fundamentales de las distintas disciplinas jurídicas e intentar aportar a esos conceptos una perspectiva filosófica fue el camino que me pareció más interesante seguir. Mi interés por los temas probatorios surgió en buena parte al descubrir la obra de Michelle Taruffo. Más tarde le conocí personalmente, algo que hizo que me interesara todavía más por los temas probatorios.

¿Qué puede aportar la Filosofía del Derecho a los estudios de prueba?

La filosofía del derecho puede aportar mucho al análisis de los problemas probatorios. No sólo porque hay mucho que decir, sino porque no se ha dicho casi nada. Hay mucho contenido interesante que podría desarrollarse. Los filósofos del derecho en general se han preocupado por la justificación de las decisiones judiciales, pero lo han hecho preocupándose por la justificación de los aspectos interpretativos y no de la *quaestio facti*, un aspecto que se ha abandonado.

Por otra parte, los juristas y, en especial, los procesalistas, han abandonado el aspecto epistemológico de los problemas probatorios. Los procesalistas tienden también a analizar en materia de prueba la *quaestio iuris*, esto es, las reglas jurídicas sobre la prueba. Pero cuando llegamos a la libre valoración de la prueba, justo allí se paran. Y creo que normalmente donde todo se para, es donde empiezan los problemas interesantes. Y esos problemas interesantes, en este caso, son epistemológicos. La filosofía del derecho tiene mucho que aportar en este campo.

¿Qué puede aportar el Derecho Procesal, y más concretamente, el Derecho Probatorio al estudio filosófico de los temas de prueba?

El derecho procesal puede aportar a los estudios filosóficos sobre la prueba los instrumentos fundamentales de análisis. La filoso-

fía del derecho, cuando se preocupa por el derecho, por los conceptos fundamentales de las disciplinas jurídicas, debe partir de esos conceptos. Hay que distinguir la filosofía del derecho de los juristas de la filosofía del derecho de los filósofos. A mí me gusta practicar la filosofía del derecho de los juristas. Soy un jurista, no un filósofo. Un jurista con perspectiva filosófica.

El punto de partida es extrajurídico —filosofía del derecho de los filósofos— o jurídico —filosofía del derecho de los juristas—. Si uno quiere hacer la filosofía del derecho de los juristas y hablamos de prueba, debe partir de los conceptos y los instrumentos del derecho procesal. Y estos han sido desarrollados básicamente por los procesalistas. Por tanto, no se puede hacer la filosofía del derecho en materia probatoria si no es partiendo de los conceptos del derecho procesal. Se realimentan, en este sentido, unos y otros.

El debate sobre el papel probatorio del juez en el procedimiento civil es interesante porque pone de nuevo sobre la mesa cuál es el papel que debe jugar cada uno de los actores en el procedimiento

¿Cuál es la tesis central de sus estudios?

Probablemente no hay una tesis central sino diversas tesis centrales en mi forma de tratar el problema probatorio. Las pondría en este orden: la primera cuestión es pensar que el derecho, y no el proceso, es un mecanismo de resolución de conflictos. El proceso es un instrumento de aplicación del derecho y no de resolución de conflictos. Ahora bien, para que el derecho funcione como mecanismo de resolución y prevención de conflictos es necesario que el objetivo fundamental en materia probatoria sea la averiguación de la verdad. Este es el primer núcleo fundamental y, de ahí, el título del primer libro sobre este tema: *Prueba y verdad en el Derecho*. La vinculación teleológica entre prueba y verdad, el objetivo de la institución probatoria es la averiguación de la verdad. Establecido el objetivo, ahora podemos hablar de racionalidad. Racionalidad entendida en sentido teleológico también, donde una acción es racional si es un medio adecuado para conseguir un fin. Pero entendido así, tengo que saber cuál es el fin. Si el fin es la averiguación de la verdad, entonces puedo preguntarme qué acciones son racionales atendiendo a ese fin. Y de allí surge el resto del desarrollo y el origen del

título del segundo libro *La valoración racional de la prueba*. El segundo núcleo fundamental es intentar desarrollar una metodología racional de valoración de la prueba atendiendo a ese objetivo de facilitar la averiguación de la verdad en el proceso.

Usted ha publicado una monografía titulada «Prueba y verdad en el derecho». ¿Cree que se puede alcanzar la verdad sobre los hechos en el proceso o, por el contrario, existen algunos límites y, en su caso, cuáles son?

Creo que se puede alcanzar la verdad en el proceso, a veces, como en cualquier otro ámbito de la experiencia humana. Pero existen límites a la averiguación de la verdad. Y esos límites, en ocasiones, producen que lo que se determina en el proceso sea falso. Pero nada de todo esto es distinto en el proceso judicial comparado con el resto de ámbitos de la experiencia humana, donde también hay límites, donde el objetivo en muchos casos también es la averiguación de la verdad y muchas veces no se alcanza. En todos estos ámbitos existe una dificultad fundamental: incluso si se alcanza la verdad, no podemos tener la certeza firme de que se ha alcanzado.

¿Existe incompatibilidad entre la búsqueda de la verdad y la imparcialidad judicial? ¿O, por el contrario, la búsqueda de la verdad es un elemento esencial de la imparcialidad del juez?

La búsqueda de la verdad es un elemento esencial de la imparcialidad del juez. Y por tanto, contra lo que algunos teóricos han sostenido, no hay ningún problema de incompatibilidad normativa entre sostener que el objetivo es la averiguación de la verdad y derivar de ello ciertos poderes probatorios del juez para facilitar la averiguación de la verdad, y que el juez mantenga su imparcialidad. No se me ocurre cómo podemos justificar un modelo de juez cuya imparcialidad sea entre lo verdadero y lo falso.

Usted ha publicado una monografía titulada «La valoración racional de la prueba», recientemente traducida al italiano, ¿qué significa —o añade— el adjetivo «racional» a la valoración probatoria?

El punto debe empezar así: qué sea racional y qué sea irracional depende de cuáles son nuestros objetivos. ¿Es racional circular en motocicleta sin casco? Depende de cuál sea el objetivo. Si el objetivo es disfrutar del aire en la cara, desde luego es racional. Si el objetivo es maximizar la seguridad, no es racional. La misma acción puede ser irracional o racional en función del objetivo para el que se plantee.

Partiendo de esta base, ¿cuál es la característica fundamental de la valoración probatoria en el modo en que se ha realizado hasta hace no tantos años y, desgraciadamente, todavía en muchos casos hoy? La vinculación entre el concepto de prueba en el derecho y la conciencia, la psicología, la convicción. Llegados a este punto, ¿es la convicción judicial un buen instrumento para maximizar las posibilidades de averiguación de la verdad, siendo ese el objetivo de la prueba en el procedimiento? La respuesta es negativa. Entonces, la vinculación entre prueba y convicción judicial es irracional. Tenemos que buscar otros métodos de valoración de la prueba. Y esos métodos deben ser tales que maximicen las probabilidades de que las hipótesis que se consideran probadas en el procedimiento se correspondan con la verdad.

En el libro intento desarrollar una metodología de cómo esto se puede realizar, vinculado con teoría de probabilidades no matemáticas, con la lógica inductiva. Y creo que esa es la línea más promisoría. Es un paso hacia un modelo de valoración racional de la prueba que exigiría no sólo leer algunos libros, sino sobre todo un plan de formación de los operadores jurídicos, y en especial, de los jueces, en epistemología jurídica.

En los últimos años se ha desatado un intenso debate sobre el papel del juez civil y, más concretamente, sobre sus poderes de oficio en materia probatoria, ¿cree usted superado este debate?, ¿cuál debería ser el «rol» del juez civil en materia probatoria?

El debate sobre el papel probatorio del juez en el procedimiento civil es interesante porque pone de nuevo sobre la mesa cuál es el papel que debe jugar cada uno de los actores en el procedimiento. O dicho de otro modo, cuál es el modelo de procedimiento más adecuado para cumplir con los objetivos del proceso que queremos alcanzar.

Sin embargo, mucha de la literatura que se ha producido al respecto pasa por asumir algunas tesis que me parecen inasumibles. En particular, que la imparcialidad del juez exige que no tenga poderes probatorios. Un modelo acusatorio puro en el cual sean sólo las partes quienes puedan proponer y practicar la prueba. Yo creo que esto es exagerado, y que, por contra, deberíamos preguntarnos, no tanto si el juez debe tener poderes probatorios o no, sino más bien cuál es el alcance de los poderes probatorios del juez. Una cuestión es que el alcance de los poderes probatorios llegue hasta la posibilidad de formulación de nuevas hipótesis y de práctica de prueba acerca de esas nuevas hipótesis no planteadas por las partes. Otra cuestión, mucho más débil, es si el juez debe poder ordenar la práctica de pruebas no solicitadas por las partes que le permitan evaluar mejor la fiabilidad de otras pruebas ya existentes en el procedimiento y sí propuestas por las partes. Estamos hablando de dos alcances muy diversos. Me parece que no tiene demasiado sentido el debate en términos de sí o no, y que en cambio hay que pensar acerca de hasta dónde deben llegar los poderes probatorios del juez.

Usted también se ha preocupado por el estudio de los estándares de prueba. ¿Nos puede explicar la noción de estándar de prueba? ¿Qué aporta esta noción a los estudios de prueba?

La noción de estándar de prueba proviene fundamentalmente del derecho anglosajón. En nuestra tradición es poco conocida y, sin embargo, creo que es fundamental. Una vez asumimos que no se pueden alcanzar certezas racionales sobre ninguna hipótesis y que, por tanto, cualquier hipótesis tiene sólo un nivel de corroboración mayor o menor, estamos en el discurso probabilístico, en el ámbito de las probabilidades. Cualquier hipótesis tiene una mayor o menor probabilidad de ser verdadera. Si asumimos esto, entonces tenemos que

saber a partir de qué grado de probabilidad vamos a considerar que una hipótesis está probada. No podemos exigir la certeza, porque esta no se alcanza jamás. ¿Cuál es el grado de probabilidad que vamos a considerar suficiente para considerar una hipótesis probada? A esta pregunta responden los estándares de prueba. Y la respuesta no tiene por qué ser la misma en distintos tipos de procedimientos y jurisdicciones. Pero tenemos que poder conocer de forma previa al inicio del procedimiento cuál es la regla de juicio en esa materia ya que, de lo contrario, no podemos saber cuándo se considerarán probadas las hipótesis y cuándo no.

¿Puede explicar qué diferencias existen, a su entender, entre el estándar de prueba en el derecho penal —*beyond any reasonable doubt*— y en el derecho civil —*preponderance of evidence*—?

La respuesta clásica a la diferencia entre el estándar de prueba para el proceso penal y el proceso civil pasa por el nivel de exigencia probabilística de cada uno de esos estándares. El estándar de «*Beyond a reasonable doubt*» sería un estándar probabilísticamente más exigente que el estándar de la preponderancia de la prueba. A nivel civil, dicen los anglosajones, aplica normalmente el estándar de la preponderancia de la prueba. O dicho de otro modo: una hipótesis para considerarla probada debe ser más probablemente verdadera que falsa. Si lo pudiéramos poner en probabilidades matemáticas —desgraciadamente no podemos— nos permitiría ciertos cálculos y poner límites como, por ejemplo, fijar que hay que superar el 50% de posibilidades. Pero no es así como funciona el razonamiento probatorio. En mi opinión, creo que ninguno de los dos clásicos estándares de prueba anglosajones son estándares bien formulados. No lo es el de la preponderancia de la prueba porque es conceptualmente dependiente del razonamiento probabilístico matemático, y el razonamiento



INCLUYE CD-ROM

NUEVA EDICIÓN

FORMULARIOS DEL PROCESO CIVIL. 2.^a Edición

Amplísima recopilación con todos los formularios necesarios en el proceso civil

Contienen una amplia recopilación de escritos y modelos procesales en materia civil, proporcionando la herramienta imprescindible para afrontar los trámites y obligaciones legales más habituales de una forma rápida y sencilla.

Páginas: 2.456 • Encuadernación: Tapa dura • ISBN: 978-84-9020-148-0

AHORA

5%

descuento

PVP: ~~110,58 €~~ + IVA

AHORA POR SÓLO 109,25 € + IVA



LA LEY
grupo Wolters Kluwer

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:

902 250 500 tel. / e-mail: clientes@laley.es / www.laley.es

O bien en nuestra tienda en internet: <http://tienda.laley.es>

probatorio no se puede reconstruir en términos de probabilidad matemática. Tampoco lo es el de «más allá de toda duda razonable» si no tenemos criterios de razonabilidad de la duda. Los dos estándares necesitan de una fuerte reformulación.

¿Cree que la noción de estándar de prueba, propia de los países anglosajones y del common law, se puede trasladar a los países del civil law?

La noción de estándar de prueba se puede trasladar a nuestros países. Y no sólo eso, sino que creo que debemos utilizarla, desarrollarla y trasladarla. Lo que no haría es trasladar los estándares de prueba que ellos han desarrollado, porque necesitan una seria reformulación. Pero la noción en sí misma es imprescindible. Por ejemplo, es esencial en el procedimiento penal, para dar viabilidad y hacer operativa la presunción de inocencia como regla de juicio. Sin un estándar de prueba en el procedimiento penal, la presunción de inocencia está vacía de contenido y no funciona como garantía procesal para el ciudadano. Pero lo mismo vale para el procedimiento civil: si se desconoce el estándar de prueba con el que se juzgará si están probadas o no mis pretensiones, estaríamos también en algo, sinceramente, cercano a la arbitrariedad.

¿Qué le sugiere a usted la noción de «coeficiente de elasticidad de la prueba» acuñada en algunas sentencias por el Tribunal Supremo?

Probablemente hay alguna intuición interesante que rescatar en esa noción. La idea de coeficiente parece apelar a que precisamente la prueba es gradual, a que una hipótesis puede tener un nivel de corroboración mayor o menor. Algunas notas características de la noción de coeficiente de elasticidad de la prueba podrían ser estas: la idea de que no puede establecerse un *quantum* de pruebas *a priori* que sea necesario para decidir el caso, la idea de que no siempre se requiere que haya muchas pruebas y que a veces podría bastar con una única prueba consistente, y que esto, en realidad, no puede determinarse *a priori*. El siguiente paso es vincular la noción de prueba de nuevo con la subjetividad del decisor, con la convicción. Porque aquí la pregunta se convierte en la siguiente: ¿Cuánta prueba es necesaria para convencer al juez? Entonces es cuando surge el elástico, porque los jueces no siempre se convencen con las mismas pruebas y de ahí que tenga que definirse e identificar caso por caso. Pero la vinculación con la subjetividad es algo totalmente incompatible con la noción de estándar de prueba, dado que ésta exige el establecimiento de criterios intersubjetivamente controlables en su aplicación. Sólo de esa forma un juez superior puede controlar la valoración de la prueba hecha por

un juez inferior y decir que está mal con argumentos. En resumen, la noción de «coeficiente de elasticidad de la prueba», aunque tenga algunos aspectos rescatables, no es compatible con una concepción racional de la prueba.

¿Cuáles son para usted los retos más importantes del Derecho Probatorio en la actualidad?

El reto más importante es la formulación de estándares de prueba para el procedimiento. Y esto exige mucho trabajo porque, contra lo que suele decirse, no necesitamos un estándar de prueba para el penal y otro para el civil. Necesitamos estándares de prueba para la apertura de juicio oral, para la adopción de medidas cautelares, para la decisión final, y tantos otros. Y obviamente, estos no pueden ser del mismo nivel de exigencia, porque si exigiéramos el mismo nivel estaríamos anticipando la decisión.

Tampoco entiendo por qué la exigencia probatoria debe ser la misma en un procedimiento en el que lo que está en juego son 40 años de cárcel o una multa. El derecho penal ha tenido en estas últimas décadas una explosión. Nuestros legisladores tienen la costumbre de penalizarlo todo, de convertirlo todo en derecho penal. Y esa ampliación del derecho penal ha producido que sean objeto de un procedimiento penal cuestiones muy diversas y con consecuencias jurídicas también muy diversas. No veo por qué deberíamos tener exigencias probatorias iguales para todos esos casos. ¿Por qué un caso en el que lo que está en juego es una multa en proceso penal debe tener una exigencia probatoria mucho más alta que un caso en el que lo que está en juego sea la retirada de la patria potestad en un proceso civil? A veces hay procesos civiles en los que nos jugamos cosas más importantes que en algunos procesos penales. Tampoco está dicho que el nivel de exigencia deba ser uno y sólo uno para el penal.

Este creo que es el ámbito de trabajo en el que queda más por hacer, en el que el derecho probatorio actual está más cojo. Debemos ser los teóricos los que aportemos el *know how* para desarrollar estos estándares y después ponerlos en manos de los legisladores para que puedan adaptarlos a los niveles de exigencia probatoria que políticamente se prefieran para cada tipo de casos.

¿Cómo valora usted la creación de un Instituto de Probática y Derecho Probatorio en el seno de una Facultad de Derecho? ¿Cuál debería ser su función primordial, la docencia, la investigación o la divulgación?

Me parece una idea novedosa. Desgraciadamente poco habitual. Y extraordinariamente

útil. Quiero transmitir mis sinceras felicitaciones a la Facultad de Derecho de ESADE y a todos los profesores que están detrás de esta iniciativa. Hoy en día, el razonamiento probatorio todavía no se estudia de forma general en las facultades de derecho. Tampoco está en los temarios de las oposiciones, ni en los núcleos de lo que se enseña en las escuelas judiciales. Y en mi opinión es absolutamente crucial e iniciativas como esta son de máxima importancia. Sobre cuál debería ser su función principal, diría que la investigación. Pero inmediatamente después, la docencia y la divulgación. Primero tenemos que descubrir cosas para después poderse las explicar a la gente, como en el proceso científico. Se trata de desarrollar más nuestros conocimientos en estos ámbitos, pero inmediatamente saber transmitirlos también a los estudiantes y divulgarlos a un público más amplio.

Usted dirige una Cátedra de Cultura Jurídica en la Universidad de Girona. ¿Cuál es la finalidad fundamental de esta Cátedra? ¿Cuáles son sus actividades fundamentales?

La Cátedra se crea con dos ambiciones fundamentales. La primera, ser un vehículo de expresión, de investigación y trabajo en la cultura jurídica iberoamericana. Hay un fuerte componente que identifica nuestra tradición cultural, y nosotros tenemos la pretensión de estudiar y divulgar esa cultura jurídica común. El segundo aspecto nuclear es el de tener conciencia de la interdisciplinariedad de los problemas jurídicos. Que la cultura jurídica no está compuesta precisamente por compartimentos estancos desarrollados por profesores que no se hablan entre ellos, sino que los problemas jurídicos tienen facetas de las que un análisis de conjunto nos permite mayor comprensión. Y por ello hemos creado un centro que agrupa a profesores de distintas disciplinas y se dedica al estudio de problemas desde esas distintas disciplinas.

A partir de estas dos ideas fundamentales, en el 2009 empezamos a trabajar en la noción de seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica. Detrás de ello se engloban muchos otros aspectos. Es fundamental para poder dar cobertura y aplicación a todos los demás derechos fundamentales o al sistema jurídico en su conjunto. La racionalidad en la valoración de la prueba, por ejemplo, es un elemento fundamental de la seguridad jurídica en la aplicación del derecho. Detrás de esto, por tanto, viene el análisis de muchos otros problemas. Precisamente en materia probatoria también hemos desarrollado en la Cátedra bastantes trabajos, hemos invitado a algunos de los mayores especialistas mundiales, y estamos impulsando la colaboración de investigadores, juristas, epistemólogos, científicos, etc., de distintos países que creo producirán avances importantes en este campo. ■



Práctica Forense

Peritación de joyas.
Aspectos a valorar

LA LEY 3542/2013

Peritación de joyas. Aspectos a valorar

Gloria SERRA CATALÁN

Gemóloga, especialista en Diamante por HRD de Amberes

Tasadora por el IGE de Madrid, Perito judicial de la Associació Catalana de Perits Judicials

www.serratasaciones.com

El trabajo analiza los conflictos más habituales en los que se solicita una peritación de joyas, cuales son los robos y las herencias. Para valorar joyas, se deben analizar varios aspectos, algunos objetivos y otros subjetivos y se debe disponer de la aparatología adecuada.

En este artículo voy a intentar explicar varios aspectos de la peritación de joyas en el ámbito judicial, desde las razones principales por las cuales se suele solicitar la actuación de un perito experto en joyas, a los conflictos más frecuentes en los que es necesaria dicha peritación.

También trataré los aspectos más importantes que se tienen en cuenta a la hora de valorar una joya, y finalmente hablaré sobre la dificultad de su valoración debido a los criterios subjetivos en los que se basa cada perito.

La razón principal por la cual se peritan joyas es saber o establecer su valor. En la mayoría de los casos, las partes desconocen el valor real de las mismas. Incluso en esos casos en que se disponga de facturas de compra, ya que el valor actual de una joya comprada hace 20 años nunca es el mismo que el precio que se pagó en su día por ella.

Otra razón habitual es determinar la autenticidad de las joyas. Sobre todo puedes encontrarte intentos de estafa en que usan gemas de poco valor o vidrios que imitan a las piedras preciosas más valoradas (esmeraldas, zafiros, rubís, y sobre todo diamantes) o el uso fraudulento de joyas que imitan a joyas antiguas o de época. En este caso la estafa se produce porque algunas joyas de época tienen más valor más allá de su propio valor como joya, algo que evidentemente no sucede con sus imitaciones. La problemática de las imitaciones es mucho más frecuente en

el caso de los relojes de lujo, donde abundan las falsificaciones y actualmente algunas de ellas son realmente buenas.

Los conflictos más habituales en los que se precisa una peritación de joyas son dos. Por una parte, los robos, tanto a particulares como a profesionales (joyerías, talleres, fabricantes, etc.). En este caso, puedes encontrarte que no dispones de las joyas para analizar sus características (peso, metal, piedras, manufactura, etc.) o que las joyas robadas han sido recuperadas y sí puedes analizarlas sin problemas.

En la primera situación, la peritación se tiene que realizar, con suerte, a partir de fotografías de las joyas o simplemente a partir de un escueto listado, en el que normalmente solo tienes una breve descripción de cada joya sin entrar en detalles de sus características. En estos casos es fundamental el conocimiento que se tiene gracias a la experiencia de haber tasado muchas joyas, ya que casi sólo puedes basarte en ello para hacer una valoración aproximada y estimativa. También es muy importante conocer bien el mercado de las joyas para poder hacer una media, siempre aproximada, del tipo de joyas que suele haber en el mercado.

El otro conflicto más frecuente son las herencias. Desafortunadamente, son numerosos los casos en que los herederos no se ponen de acuerdo a la hora de repartirse la herencia. Lo primero es valorar las joyas para establecer exactamente qué es lo que tienen

para repartirse y después, si es preciso porque lo requiere el juez o lo solicitan las partes, se pueden realizar diferentes lotes igualitarios para repartirlos entre los herederos.

A la hora de valorar una joya, en líneas generales, se tienen en cuenta los siguientes aspectos:

— *Análisis de los materiales:* Se considera el metal que tiene la joya (oro, plata, platino son los más frecuentes) así como las piedras preciosas que pueda llevar (hay muchas gemas que se utilizan en joyería).

— *Procedencia:* En caso de tratarse de una pieza de un joyero, joyería o marca con una reputación especial su valor se incrementa. En tal caso, están marcadas por el contraste de origen que es la marca del joyero o fabricante.

— *Época:* Este aspecto también es decisivo. Hay joyas que quizá sus materiales no son los mejores ni son de un joyero reconocido, pero pertenecen a una época concreta que hace que tenga más valor.

— *Conservación:* Es importante que la joya esté en buen estado de conservación y que no haya sufrido alteraciones.

— *Manufactura:* Otro aspecto determinante es el trabajo del joyero a la hora de crear la joya y el tipo de trabajo que se haya realizado. No es lo mismo un trabajo artesano, cuidado, refinado y personalizado que un trabajo industrial de una producción en masa.

— *Exclusividad:* A veces hay joyas que se han creado de una manera muy exclusiva y que hacen que sean piezas únicas.

— *Pertenencia:* En caso de ser joyas que pertenezcan o hayan pertenecido a personas importantes o famosas hace que su valor se incremente.

Teniendo en cuenta todos estos aspectos podemos decir que en toda valoración de joyas hay una parte objetiva, se podría decir que no admite discusión, y una parte subjetiva, donde caben diferentes interpretaciones, en la que cada cual daría una valoración un tanto diferente. La parte objetiva es, por ejemplo, el metal del que está hecha, el tipo de piedras que tiene, el peso de la joya, los contrastes que lleva, etc. No se puede tener diferentes opiniones si una joya es de oro o de platino, pues determinar el metal se basa en pruebas totalmente establecidas, seguras y fiables. Como tampoco se puede entrar en debate si, por poner un ejemplo, la piedra roja que lleva la joya es un rubí o un granate, ya que existen análisis que los diferencian claramente basándose en propiedades diferenciadas de cada tipo de piedras.

La parte subjetiva es la determinación de la calidad de las piedras, el estado de conservación, la época que pertenece o el tipo de manufactura. Se podría dar el caso que un perito opinara que una joya está mal conservada y le restara algo de valor por ello y otro perito valorara que esa misma pieza no está especialmente mal conservada y no le diera quitara valor. Como no existe ninguna comprobación empírica respecto a la conservación de las joyas, sino que es más bien una percepción del perito (obviamente, una percepción que mejora con la experiencia, con el estudio y con la observación de muchas piezas) aquí cabe disparidad de opiniones.

En toda valoración de joyas hay una parte objetiva, se podría decir que no admite discusión, y una parte subjetiva, donde caben diferentes interpretaciones, en la que cada cual daría una valoración un tanto diferente

Un ejemplo muy gráfico de la doble vertiente que siempre suele existir en la peritación de una joya sería la peritación de un diamante. Y digo suele existir porque hay algunas joyas que su valoración es totalmente objetiva. Sería el caso de una cadena de oro, cuyo valor será exacto y objetivo y será el valor de los gramos de oro que pese.

Pero volvamos al ejemplo de la tasación de un diamante. Ante un diamante hay una serie de características que son objetivas porque se basan en pruebas medibles:

— **Peso:** Establecer el quilataje del diamante es exacto y se puede hacer con un quilatero o tomando las medidas exactas de la piedra. Aquí no puede haber discrepancias. Un diamante pesa lo que pesa.

— **Talla:** La talla es fácilmente identificable y nuevamente, cada diamante tiene la talla que tiene.

Y otras que son subjetivas pues se basan en escalas que necesitan de interpretación:

— **Pureza:** Es una medida del número, tamaño y posición de defectos naturales del diamante (llamados inclusiones). Según el tipo de inclusiones que tenga, tiene mejor o peor pureza. Depende de quién lo observe para definir el tipo y la importancia de inclusiones que tiene el diamante y cómo estos afectan a la clasificación de su pureza.

La misma inclusión para un perito puede hacer que la pureza baje un nivel en la escala (con su consecuente pérdida de valor) y otro perito puede considerar que no es una inclusión demasiado determinativa y no bajar en la escala.

— **Color:** Para establecer el color del diamante, se hace comparándolo con los patrones de colores, que son piedras ya clasificadas según su color, por tanto, se define el color de un diamante de manera subjetiva (por comparación). Existe un aparato llamado colorímetro que establece el color de los diamantes, pero incluso su resultado no puede ser considerado 100% fiable, solo orientativo.

A partir de estas cuatro características del diamante (en realidad hay que considerar más factores, pero las 4 mencionadas son las más importantes y es para simplificar el ejemplo), se define el valor del diamante.

Para realizar una correcta peritación de joyas, es necesario disponer de una serie de instru-

mentos y aparatología para analizarlas correctamente. Existen grandes instrumentales que ayudan mucho pero que sólo tienen los laboratorios de referencia, pues su coste es muy elevado y además no son transportables. Así que el perito no tiene sentido que disponga de ellos, pero sí que debe tener como mínimo el siguiente instrumental para realizar su trabajo:

— Báscula para pesar las joyas.

— Pinzas para manejar las gemas.

— Lupa de 10 aumentos para analizar la talla y el interior de las gemas.

— Ácidos y piedra de toque para estudiar los metales.

— *Leveridge* para medir las gemas.

— Refractómetro para medir los índices de refracción.

— Luz blanca para observar las gemas.

— Piedras patrón para determinar el color de los diamantes.

— Polariscopio

— Filtro de chelsea

Y acabo con una reflexión que es válida para cualquier especialidad de peritaje, pero que en la peritación de joyas tiene una especial importancia por la subjetividad que hemos comentado. Nunca se debe hacer una peritación a la carta para el cliente. Es decir, es imprescindible mantener tu independencia y aplicar tu criterio sin interferencias. Se podría caer en la tentación de aprovechar la subjetividad para personalizar un poco los resultados. No obstante, éste sería un proceder poco profesional y que acabaría afectando a tu reputación como perito. ■

NACE EL PORTALDEREVISTAS EL PRIMER QUIOSCO JURÍDICO EN LA RED



**LÍDERES EN OPINIÓN
Y ANÁLISIS DOCTRINAL**
Las más prestigiosas firmas del panorama jurídico, dirigen y componen los consejos de nuestras revistas garantizando la calidad y la excelencia de los **más de 500 artículos** que cada mes se incorporan al portal.

ADEMÁS...

- ✓ Actualización permanente y sistema de búsqueda.
- ✓ Revistas semanales por correo electrónico.
- ✓ Contenidos nuevos e interrelacionados.
- ✓ Nuevos formatos compatibles con todo tipo de tabletas.
- ✓ Alertas personalizables por correo electrónico.
- ✓ Vídeos y encuentros digitales.
- ✓ Interacción con los contenidos con posibilidad de votar, opinar o sugerir.
- ✓ **Reciba también su revista en papel.**

<http://revistas.wke.es>

NUEVO



Práctica Forense

Peritación de joyas.
Aspectos a valorar

LA LEY 3543/2013

Dictámenes periciales sobre aspectos económicos. Metodología y ámbito

Jordi CASTELLS LLAVINÉS

Economista. Socio de Insolnet

El autor aborda en este artículo la estructura básica de un dictamen pericial sobre aspectos económicos e informa de las distintas temáticas sobre los que pueden versar.

I. INTRODUCCIÓN

Ya sea para dar consistencia, coherencia o solidez a las peticiones de una demanda, ya sea como documento que ayude a argumentar una oposición, o incluso para sostener o reforzar una reconvencción, cada vez es más importante considerar el peritaje económico como una herramienta útil para fortalecer y asegurar cualquier actuación judicial que se suscite dentro del ámbito económico.

Como se expondrá en el desarrollo del presente artículo la pericial económica ha dejado de ser la «prueba contable» para abarcar un gran abanico de cuestiones. En efecto, puede referirse a materias tan diversas como la contabilidad, auditoría, valoración de empresas y activos, fiscalidad, estudios sectoriales, estudios de viabilidad, finanzas, marketing o seguros.

Pero en cualquier caso, para que tenga éxito y logre su cometido, la misma deberá tener una estructura que permita su lectura e interpretación para un no experto. En ningún caso se trata de llegar a conclusiones esotéricas cuya aceptación se deba más a un acto de fe que de convicción. Al contrario, el informe pericial debe indicar qué pretende, por qué, qué documentación se ha analizado, qué cálculos se han hecho y por qué y a qué conclusiones se ha llegado. Es decir, debe ser un documento comprensible y que permita la crítica.

A continuación se resumen, brevemente, los apartados de que, como mínimo, debería constar un informe pericial:

1. Alcance y entendimiento de la cuestión planteada. Extremos de la pericial

Un primer apartado debe situar la pericial en las coordenadas espacio/temporales de que se trate y, en su caso, dentro del procedimiento. Explicar de quién se recibe el encargo y en qué consiste exactamente el encargo y ponerlo en relación dentro del pleito. Es importante también acotar el mismo, tanto temporalmente como materialmente. Y justificar, en su caso, la acotación. Debe quedar claro cuál es el enunciado al que se va a dar respuesta. Si es preciso se descompondrá la tarea principal en subtarefas para permitir una mejor planificación y estructuración del trabajo.

El dictamen debe servir para aportar una opinión especializada en el ámbito económico, no para «vestir» una opinión jurídica, por lo que debe exponer las conclusiones de la manera más razonada posible y considerar toda la información

2. Documentación analizada

Desde un inicio el perito debe planificar su trabajo y analizar qué documentación precisará para el desarrollo del mismo. Deberá solicitar la información precisa, si fuera el caso, y tiene opción, mediante auxilio judicial. Debe pedir

exactamente la documentación precisa. No debe extralimitarse en la petición (pedir documentación que luego no se usará) ni ir solicitando la documentación sobre la marcha.

En el informe pericial deberá dejar constancia de la documentación solicitada, aquella a la que ha tenido acceso y aquella a la que no ha podido tener acceso. Deberá indicar si el no acceso a determinada documentación o información le impide de manera absoluta emitir el dictamen o si puede emitirlo, pero con limitaciones.

En el caso de que se precise comprobación de elementos o importes de los que no es posible la revisión total deberá justificar el empleo de métodos estadísticos, así como los supuestos utilizados y el nivel de confianza.

3. Metodología utilizada

El perito debe explicar lo que va a hacer y por qué. En su caso, deberá justificar el estado de la cuestión a nivel académico o bibliográfico, y explicar si opta por determinada metodología en perjuicio de otra. Incluso pueden considerarse metodologías alternativas y presentar ambas.

Este es el caso, por ejemplo, de los dictámenes que versan sobre valoración de empresas, ya que existen diversos métodos que se han venido usando en la práctica para la valoración de empresas.

Si bien hace unas décadas algunos métodos se basaban en la situación de la empresa en un momento dado, sin considerar sus perspectivas de futuro o considerándolas parcialmente, actualmente los métodos que se consideran fiables se basan en la capacidad de la empresa para generar beneficios o flujos de tesorería (comúnmente denominados cash flow, en base a la terminología anglosajona).

Últimamente muchas valoraciones se basan en la aplicación de múltiplos de compañías comparables, que es un método que se basa en la aplicación de ratios a ciertas magnitudes de la empresa, según los precios a los que otras compañías del mismo sector cotizan en mercados organizados, o según los precios pagados en operaciones de compraventa de títulos de entidades no cotizadas. Es evidente que para poder aplicar este método se precisa disponer, o bien de un mercado de valores en que coticen los de la compañía, o bien de un cierto número de operaciones de compraventa en el sector, circunstancia que no se da en el presente caso.

Actualmente el método más riguroso es el de los descuentos de los flujos de caja, siempre que la información de que se disponga permita poder prever con cierto margen de certidumbre dichos flujos de caja.

En nuestro país no existen normas técnicas de general aplicación sobre valoración de empre-



sas. La norma técnica del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), aprobada por resolución del 23 de octubre de 1991, es de obligado cumplimiento sólo para los auditores de cuentas en determinados casos de valoración de empresa como: por transmisión de acciones o participaciones mortis causa, separación o exclusión de socios, modificación de estatutos sociales. Existen además, desde hace tiempo, recomendaciones de la Asociación de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA), así como una reducida bibliografía en la materia.

A nivel europeo debemos destacar las aportaciones de la Federación de Expertos Contables Europeos (FEE), que a partir del 1 de enero de 1987 pasó a sustituir a la Unión Europea de Expertos Contables (UEC) y al Grupo de Estudios de Expertos Contables de la CEE.

En el ámbito internacional son importantes las aportaciones del «International Valuation Standards Committee» que ha publicado diversas recomendaciones.

En cualquier caso, la elección del método de valoración deberá tener en cuenta las peculiaridades de la empresa a valorar, y muy especialmente la fiabilidad de la información sobre la que se basará la misma.

4. Cuerpo del informe

Deberá explicar los cálculos que emplea y facilitar que los mismos puedan ser revisados de manera crítica. Todos los pasos deben explicarse y presentarse de tal manera que puedan ser revisados por un tercero. No se deben ocultar cálculos ni mantener hipótesis no argumentadas.

5. Conclusiones

Un último apartado debe resumir las conclusiones alcanzadas. Incluso con el formato de pregunta/respuesta.

La respuesta debe intentar ser lo más categórica y sin consideraciones que sean posibles. Pero, si fuera el caso, en la misma se incluirán las matizaciones o salvedades que se considere necesario reflejar.

El dictamen, pues, debe servir para aportar una opinión especializada en el ámbito económico, no para «vestir» una opinión jurídica. Y para ello debe exponer las conclusiones de la manera más razonada posible, y siempre considerando toda la información, tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

Siguiendo dicho esquema, un dictamen con contenido económico puede versar sobre los más diversos ámbitos y puede aportarse en las diferentes jurisdicciones:

II. DICTÁMENES DENTRO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

Dentro del ámbito civil pueden diferenciarse distintos tipos de dictámenes: de verificación de datos contables, de auditoría, de valoración de empresas y de activos, de análisis de operaciones financieras, de contenido tributario o de estudios de mercado.

Los mismos podrían versar, a título de ejemplo, sobre:

- Valoración de lucro cesante (por resoluciones de contratos de distribución o de agencia, incumplimientos contractuales, competencia desleal, utilización ilegítima de marcas).
- Reclamaciones de cantidad o impugnación de acuerdos sociales.
- Responsabilidad de los administradores por causa de disolución.
- Valoración de daños y perjuicios.
- Auditoría por resolución judicial
- Auditoría por resolución del registrador.
- Valoración de acciones o participaciones por incumplimiento de pactos societarios. Valoración de aportaciones a sociedades. Valoración de bienes embargados. División de herencia (evaluación del caudal relicto) liquidación del régimen económico matrimonial.

— Liquidación de contratos bancarios. Cálculo del tipo de interés efectivo (TAE).

— Daños y perjuicios por pérdidas de valor.

— Valoraciones fiscales.

— Competencia desleal.

— Propiedad industrial e intelectual.

— Swaps. Derivados financieros

III. DICTÁMENES DENTRO DE LA JURISDICCIÓN PENAL

Dentro del ámbito penal pueden diferenciarse distintos tipos de dictámenes:

— Verificación de datos contables.

— Valoración de activos.

— Revisión limitada o auditoría de cuentas anuales.

— Revisión limitada de determinadas operaciones o transacciones.

Los mismos podrían versar, a título de ejemplo sobre:

— Hurtos, estafas, apropiaciones indebidas o alzamiento de bienes.

— Delito societario por falseamiento de cuentas anuales.

— Delitos contra la Hacienda Pública.

IV. DICTÁMENES DENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Dentro del ámbito contencioso-administrativo pueden diferenciarse distintos tipos de dictámenes:

- Evaluación de la rentabilidad de negocios.
- Valoración de empresas y activos.
- Estudios de mercado.

Los mismos podrían versar, a título de ejemplo sobre:

- Resoluciones contractuales.
- Expedientes de expropiación.
- Operaciones entre entidades vinculadas.
- Motivación económica válida en operaciones de fusiones.

V. DICTÁMENES DENTRO DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Dentro del ámbito de la jurisdicción social pueden diferenciarse distintos tipos de dictámenes:

- Verificación de datos contables.
- Grupos de empresas.
- Organización de empresas.

Los mismos podrían versar, a título de ejemplo, sobre:

- Reclamaciones de cantidad.
- Existencia de grupo de empresas.
- Acreditación de pérdidas continuadas durante trimestres.
- Acreditación de cifra de ingresos durante determinados periodos.
- Acreditación de la amortización de puestos de trabajo por causas económicas u organizativas.

En cualquier caso —y considerando la importancia y trascendencia que puede tener un dictamen pericial— es importante poder contactar con algún profesional del ámbito económico antes de definir los puntos de la prueba pericial para planificar la misma y evaluar su trascendencia, también deberán considerarse las limitaciones de la misma y si las consideraciones a efectuar pueden limitar las conclusiones de la parte proponente del dictamen. ■

DOSSIER



Dossier

Dossier de los tribunales sobre probática

Consulte los textos íntegros en www.diariolaley.es

LA LEY 3139/2013

Dossier de los Tribunales sobre probática

Carlos de MIRANDA VÁZQUEZ

Miembro del Equipo Académico del Instituto de Probática y Derecho Probatorio (ESADE-URL). Profesor de Derecho Procesal y Probática de la Universitat Internacional de Catalunya (UIC). Magistrado suplente

En este número nos hacemos eco de un grave problema social, que es también, y sobre todo, jurídico, y que va camino de colapsar nuestros Tribunales de Justicia. Nos referimos a la controversia surgida a raíz de la comercialización masiva de participaciones preferentes y de su posterior pérdida de valor. El tema de los vicios del consentimiento es uno de los más enjundiosos desde el punto de vista de su prueba. En general, el hecho psíquico constituye uno de los de más exigente probanza, sino el que más.

LA PRUEBA DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN DE «PARTICIPACIONES PREFERENTES»

1. ALGUNAS BREVES PINCELADAS SOBRE LAS «PARTICIPACIONES PREFERENTES» (1)

Su casi constante presencia en los medios de comunicación no va de la mano de una precisa comprensión acerca de lo que son exactamente. A los profanos les resulta sumamente enojoso explicar su esencia. Y no nos debe sorprender lo más mínimo, porque el propio legislador es el primero que ha rehuído su definición, en cuantas oportunidades se le han presentado para hacerlo. El Banco de España sí se ha aventurado a describirlas, en los siguientes términos: «Las participaciones preferentes son un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios, y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años (...))» (2). Por su parte, la doctrina científica no ha alcanzado un punto de consenso a la hora de enfrentar tan ardua empresa, proliferando muchas y muy

diversas definiciones, tantas como autores han acometido su estudio.

Para nosotros, las participaciones preferentes son *valores negociables, no participativos, híbridos de capital, de carácter complejo* (3). i) Se consideran *valores negociables* en la medida en que únicamente puede enajenarse en un mercado secundario de valores; ii) Se reputan *no participativas* en tanto en cuanto no son acciones, ni obligaciones (4) y, por tanto, no confieren derechos políticos y en cuanto a los económicos sólo algunos y de forma restringida (5); iii) Su condición de *híbrido de capital* resulta que, por una parte, las asemejan a una inyección de capital en la sociedad emisora —pasando el importe invertido a formar parte de sus recursos propios (6)—, pero sin otorgar la condición de accionista o partícipe; por otra parte, guardan un notable parecido con los instrumentos de deuda (7), pero «no atribuye[n] a su titular derecho de crédito alguno que le faculte para exigir su pago a la entidad emisora» (8); en definitiva, no son ni una cosa ni la otra, ni capital, ni deuda; iv) Finalmente, se afirma que resultan *altamente complejos* y ello por «la combinación en su estructura de posibilidades de cancelación de la rentabilidad, iliquidez, perpetuidad y en definitiva, riesgo [que] las convierten en un producto (...) no adecuado para el cliente minorista medio» (9).

Sus características —muy sucintamente— son las siguientes (10):

1.^a) «La rentabilidad de la participación preferente está condicionada a la existencia de resultados distribuibles en la sociedad emisora o, mejor, en el grupo consolidable en el que se integre».

2.^a) «Las participaciones preferentes son perpetuas, lo que constituye, por otra parte, un requisito necesario para que contablemente puedan computar como parte de los recursos propios del emisor». Otra cosa es que «(...) la entidad emisora se reserve la posibilidad de amortizar las participaciones preferentes una vez transcurridos al menos cinco años desde su desembolso (...)».

3.^a) «La única posibilidad, por tanto, con que cuenta el titular de una participación preferente para desinvertir es la venta de la participación en el mercado secundario de valores en el que se negocia. En el momento actual de crisis, la cancelación de la rentabilidad de las participaciones preferentes, por ausencia de beneficios o por aplicación de las normas contenidas en la Ley 6/2011 y los Reales Decretos-Leyes 2/2012 y 24/2012, ha motivado que la desinversión sea prácticamente imposible en estos casos».

4.^a) «El titular de participaciones preferentes no goza de preferencia en cuanto al orden de prelación de créditos, de modo que se sitúa legalmente detrás de todos los acreedores (también de los subordinados), pero además no sólo los de la entidad emisora, sino de todos los acreedores del grupo en el que se integra».

5.^a) «(...) Se trata de un producto de ahorro no cubierto por el Fondo de Garantía de Depósitos en ningún caso».

2. Unas pocas puntualizaciones de derecho sustantivo

Si hasta la fecha no disponemos de una definición categórica de las participaciones preferentes, menos aún se han logrado disecionar con precisión quirúrgica los distintos negocios jurídicos que rodean su adquisición y su tenencia. Y la cuestión no es baladí, porque tiene una enorme repercusión en el plano litigioso, ya que dificulta el planteamiento de la cuestión desde el mismo momento en que se debe redactar el escrito de demanda por parte del abogado. Así las cosas, nos permitimos las siguientes disquisiciones, con un propósito clarificador y, en definitiva, para no entorpecer el correcto entendimiento de lo que luego se dirá:

a) Las participaciones preferentes han sido comercializadas, tanto por su propio emisor (así, por ejemplo, la actual BANKIA) (11), co-

mo por terceras entidades, en calidad de intermediarias (como ocurrió, por ejemplo, con la comercialización, por entidades de créditos españolas, de participaciones preferentes de las entidades extranjeras LANDSBANKI o LEHMAN BROTHERS).

La pericial económica puede aportar abundante luz al esclarecimiento de la existencia de vicios en el consentimiento. Un experto puede realizar una lectura crítica de la inteligibilidad de la documentación informativa y negocial

b) La aproximación a la calificación de los negocios jurídicos suscritos en orden a la adquisición de participaciones preferentes se encuentra supeditada a la correcta representación del modo en que se ha venido procediendo a su comercialización, en la práctica. Pues bien, lo que solía suceder era lo siguiente: un cliente disponía de un excedente temporal de liquidez. En algunas ocasiones era el propio cliente quien planteaba en su sucursal qué era lo que más le convenía hacer con ese dinero. Otras veces, era la propia entidad la que tenía noticia de esa circunstancia y directamente se ponía en contacto con el cliente para ofrecerle participaciones preferentes. Sea como fuere, nos encontramos ante una prestación de asesoramiento al cliente, aunque de carácter informal (12). Si tuviéramos que aventurarnos a calificar jurídicamente tal relación, nos inclinariamos por la figura del arrendamiento de servicios, con una innegable nota de gratuidad. Continuando con la reconstrucción ideal del proceso de contratación de las participaciones preferentes, llegamos al «día de la firma», donde el cliente se encontraba frente a una ingente cantidad de documentación. De ordinario, rubricaba la orden de compra de las participaciones preferentes y, asimismo, una suerte de contrato marco que podía recibir diferentes denominaciones (muy usual ha sido la de «contrato de depósito y administración de valores»).

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, y siendo conscientes de que nos adentramos en terrenos que nos son ajenos, consideramos que la orden de compra de participaciones preferentes podría calificarse de contrato de mandato. En lo que respecta al contrato marco, las entidades de crédito han sostenido con empeño que se trataba, todo lo más, de un negocio jurídico de depósito y administración de valores. Sin embargo, en

nuestra opinión, que vemos refrendada en diversos pronunciamientos jurisprudenciales (por todas, SJPI núm. 71 Madrid, 11 de abril de 2013, con cita de otras), resulta ser un contrato de gestión asesorada de valores o, si se prefiere, un negocio jurídico de servicio efectivo de asesoramiento financiero. De este modo, se conjugan el asesoramiento, sin el que no se puede comprender la adquisición de los valores —en clientes inexpertos en materia de inversiones financieras—, y el mandato.

c) La anterior disquisición cobra sentido y se torna un problema en absoluto resuelto cuando alcanza los Tribunales. Cabe preguntarse si la pretensión anulatoria debe dirigirse exclusivamente frente al mandato, o si debe alcanzar también al contrato marco. A nuestro modo de ver, el consentimiento viciado es el prestado a la hora de ordenar la adquisición de los valores. Cuestión distinta es que, en relación con el contrato de gestión asesorada —intitulado por las entidades de crédito como contrato de depósito y administración de valores— se pueda hablar de incumplimiento de la principal prestación de la entidad de crédito, cual es la de proporcionar un correcto y acertado asesoramiento al cliente. Con base en el art. 1101 CC, cabe interesar una indemnización por los daños y perjuicios que se hayan irrogado a causa del aludido deficiente asesoramiento. En todo caso, se nos antoja un pedimento subsidiario con respecto a la cuestión basililar de la litis que no es otra que la concurrencia de vicios en el consentimiento (13).

3. El thema probandum en los litigios sobre participaciones preferentes

La clave de bóveda de esta clase concreta de litigios está en la concurrencia de vicios en el consentimiento prestado por el cliente. El consentimiento es fruto de un proceso deliberativo que se nutre de una información recibida del exterior de la persona y que, además, se asienta sobre unas estructuras mentales preexistentes (14).

Así pues, y como bien se ha dicho, constituye un factor decisivo para la adopción de decisiones correctas la existencia de información exterior —qué menos— y que, junto con ello, la misma sea de calidad: clara, completa, inteligible y útil. En esta clase de litigios se aprecia cómo en la inmensa mayoría de las ocasiones, o no se le proporcionó información alguna al cliente, o ésta era defectuosa, parcial (porque ocultaba los graves inconvenientes o riesgos de la operación), o confusa. No pocas veces, el propio comercial de la entidad intermediaria ignoraba las características del producto o los peligros que entrañaba. Tampoco se produjo, en la generalidad de los supuestos, un proceso previo de información, con espacios de tiempo adecuados para la reflexión del cliente.

Pese a que el factor «información» es sumamente relevante en estos casos, no constituye el único aspecto a considerar. Las estructuras mentales previas del cliente cobran una inusitada importancia. Una misma información puede engendrar reacciones por completo distintas en personas con una formación, una experiencia y una cultura diferentes. En muchos casos, se pudo recibir cierta información, sin embargo, el sustrato que la misma encontraba era sumamente pobre, por lo que el posterior juicio de conveniencia acabaría siendo errado.

A la calidad de la información y a la concreta estructura mental previa del cliente se debe añadir un tercer factor nada desdeñable, cual es la inexistencia —muchas veces— de un proceso de reflexión suficiente y previo al alumbramiento de la decisión. Con frecuencia, ese proceso sencillamente no se producía dada la estrecha relación de confianza que existía dados los especiales lazos afectivos que unía al cliente con el empleado de la entidad intermediaria que le atendía. Otras veces, entre el momento de presentar el producto al cliente y el de la firma de los negocios jurídicos antes referidos apenas transcurrían unos pocos días.

Así las cosas, el consentimiento prestado resultaba radicalmente viciado en muchos casos por la suma de los tres factores que se acaban de reseñar: información deficiente o incluso inexistente, estructuras mentales previas —del cliente— inadecuadas para procesar el estímulo externo, y escasez o falta absoluta de un proceso de reflexión.

La cuestión es si el referido vicio se debe reputar de error o incluso cabe hablar de dolo. A mi modo de ver, dependerá del concreto supuesto. Por lo que conviene clarificar los contornos de una y otra clase de vicio del consentimiento, a la luz de los casos más habituales en la práctica:

a) *Error*. En este caso se recibe una información incorrecta del exterior. En su origen no existe una voluntad deliberada de que el cliente se incline por adquirir participaciones preferentes. La fuente de la información proporciona una información inexacta, parcial, errónea o de otro modo deficiente, por descuido o negligencia —por tanto, de forma culpable—. Y esta cala como la lluvia fina en terreno fértil como consecuencia de la propia inexistencia o falencia de las estructuras mentales del preferentista en este campo. No han sido pocas las veces en que los empleados de la entidad intermediaria han admitido, al ser interrogados en juicio, que ignoraban las características del producto o que desde estamentos superiores les habían proporcionado unas directrices concretas que ellos se limitaban a reproducir, muchas veces sin tan siquiera comprenderlas (SJPI núm. 11 Vigo, 19 de febrero de 2013).

b) *Dolo*. Este tipo de vicio supone que la fuente de la información es consciente —es sabedora— de que los datos que suministra al cliente son escasos, son sesgados, incluso son directamente falsos. En alguna ocasión se ha conseguido probar —merced, por ejemplo, a un e-mail comprometedor— que el empleado de la entidad comercializadora manifestó expresamente que la inversión se podía recuperar en cualquier momento y el rendimiento periódico estaba garantizado. Dentro de esta categoría cabe distinguir entre un dolo «silente» —técnicamente, «dolo reticente»— y un dolo activo. El primero, tal y como se desprende de su calificación, consiste en la omisión de datos relevantes para la correcta formación del juicio. En cuanto a la segunda categoría, lo que sucede es que se proporciona información directamente falsa —«maquinación insidiosa»—, con la intención de mover el ánimo de su destinatario hacia determinada decisión favorable a los intereses de quien la proporciona. Como luego se verá, el dolo se aprecia claramente en aquellos supuestos en que el cliente manifestó *ex ante* inquietud, dudas o datos, antes los que el dependiente de la entidad intermediaria habría tenido que reaccionar, sacándole inmediatamente del error.

En definitiva, ¿qué debemos probar (*thema probandum*)? La concurrencia de vicios en el consentimiento. Y sea por error, sea por dolo, los *subthema probandi* son los siguientes:

i) *Inexistencia o mala calidad de la información proporcionada por la entidad intermediaria*. Y en un subsiguiente nivel de detalle, se deberá probar que, o bien la preparación o el conocimiento del empleado de la entidad intermediaria eran insuficientes o inadecuados (para el caso del error con origen en un proceder negligente o culpable del intermediario), o bien que se le sustrajo información al cliente o se le proporcionaron datos erróneos o sesgados, a pesar de conocerse perfectamente por el empleado de la entidad la situación socioeconómica del cliente y sus necesidades (dolo, reticente en el primer caso, activo en el segundo).

ii) *Inadecuadas estructuras mentales previas del cliente* que impedían el correcto procesamiento de la información recibida y su análisis crítico.

iii) *Ausencia de un proceso de reflexión para la toma de decisión*. Proceso éste que exigía un escrupuloso respeto de los tiempos, de la disposición de la información en formato escrito, y de la posibilidad de contrastar la información con terceros a los efectos de adoptar una decisión cabal.

iv) Puede añadirse el hecho de que las entidades intermediarias tenían un interés propio —por completo ajeno y alejado del de sus clientes—, que hundía sus raíces en la

necesidad de liquidez inmediata, gratuita y recibida «a fondo perdido» (15). Éste es el móvil que se encuentra en la raíz de estas prácticas bancarias.

Todos estos *subthema probandi* se podrán acreditar merced a la relación —rica y robusta— de indicios que se presentará en el epígrafe siguiente.

4. Catálogo de indicios «típicos» para la prueba de los vicios en el consentimiento en la adquisición de preferentes (un ejercicio de semiótica judicial)

Hay litigios en que los hechos fundamentales sólo se pueden probar a través de presunciones judiciales (*ex art. 386 LEC*). Eso ocurre especialmente cuando la controversia gira en torno a la existencia de un hecho psíquico. Lo que acontece en la mente humana no puede reflejarse en prueba directa (testigos, vídeos, etc.). Lo más que podremos conocer de esa interioridad es lo que refleje el «sujeto pensante» a través de su conducta, de su actuar, este sí, perfectamente perceptible. Pues bien, la materia que nos ocupa constituye un claro exponente de esta categoría. Las deficiencias que hayan podido darse en el proceso mental de procesamiento de la información, deliberación y toma de decisión escapan por completo al alcance de la percepción. Lo más que se podrá hacer es inferir su existencia a partir de una serie de hechos y actos que rodean «idealmente» ese proceso intelectual.

Dicha inferencia consiste en asociar o relacionar unos hechos perceptibles exteriormente —indicios— con la existencia de deficiencias en el proceso mental aludido, merced a que sabemos, por experiencia, que, normalmente, unos y otras van de la mano.

Seguidamente se van a ir desgranando, uno a uno, esos indicios, esos signos, esas señales, que permiten alcanzar la conclusión de que efectivamente el consentimiento prestado se encontraba viciado. Y para ello analizaremos cuidadosamente los hechos y las conductas —propias y ajenas— que anteceden —*indicios antifácticos*—, acompañan —*indicios infácticos*— y siguen —*indicios postfácticos*— al surgimiento de un consentimiento viciado.

A) El perfil del preferentista como indicio antifáctico capital

Este indicio —técnicamente denominado *Character*— guarda relación con el *subthema probandum* de las inadecuadas estructuras mentales previas del cliente. A la pregunta de qué perfiles son especialmente propensos a presentar un sustrato intelectual inapropiado para procesar la compleja información recibida de la entidad intermediaria, responderemos —sin ánimo de ser exhaustivos—



que las siguientes personas: de avanzada edad (SJPI núm. 21 Valencia, 10 de octubre de 2012), carentes de formación financiera (SJPI núm. 1 Cambados, 10 de julio de 2012), con «perfil conservador» (SJPI núm. 5 Valencia, 13 de junio de 2012), con nulo historial inversor (SAP Pontevedra, 25 de abril de 2012), con un patrimonio reducido —en muchas ocasiones destinado íntegramente a la adquisición de las participaciones preferentes— (SJPI núm. 1 Santa Cruz de Tenerife, 12 de abril de 2012), sin asesoramiento de ningún tipo (SAP Córdoba, Secc. 1.ª, 30 de enero de 2013), menores de edad —que han adquirido participaciones a través de sus padres o de otros familiares—, en situación de desempleo (SJPI núm. 1 Bilbao, 19 de noviembre de 2010).

No puede dejarse de mencionar que el hecho de que el demandante hubiese adquirido participaciones preferentes en el pasado no le convierte en absoluto en un experto inversor. Aquella primigenia inversión se pudo realizar con idéntico desconocimiento al que se padece cuando se realizan las posteriores (SAP Asturias, Secc. 7.ª, 26 de septiembre de 2011).

B) Los prolegómenos de la relación de la entidad de crédito con su cliente: la confianza

Esta cuestión se encuentra íntimamente ligada con el proceso de reflexión. La existencia de estos lazos o vínculos «afectivos» —indicio *Affectio*— abonan el terreno a que el cliente omita el proceso de reflexión crítica. Sencillamente, se abandona —al que considera— mejor criterio del «experto». Y aunque esta confianza opera en la fase de reflexión crítica, previa a la toma de decisión, el indicio, como tal —la vinculación afectiva—, ya existe con carácter previo al comienzo de todo el proceso de contratación.

Constituyen manifestaciones prototípicas de este indicio las siguientes: a) existencia de vínculos familiares o de amistad con el director de la sucursal o con empleados que comercializan el producto (SJPI núm. 15 Zaragoza, 9 de septiembre de 2009); b) llevar años acudiendo a la misma sucursal (SJPI núm. 5 Valencia, 13 de junio de 2012); c) haber recibido asesoramiento —precisamente por esa relación prolongada en el tiempo—, aunque sea informal (SJPI núm. 15 Mallorca, 15 de noviembre de 2004); d) haberse interesado por el producto en determinada oficina bancaria por recomendación de familiares, amigos y conocidos que anteriormente habían adquirido participaciones preferentes.

C) El móvil de la comercialización de las preferentes: la necesidad de las entidades de crédito de allegar urgentemente nuevos recursos financieros —en buenas condiciones—

Dilucidar el porqué de las cosas resulta sumamente esclarecedor. Y en este tema de prueba lo es especialmente. Cualquier observador imparcial se preguntará por qué —por poner un ejemplo— una persona de edad avanzada, que guarda celosamente los ahorros de toda una vida (con ellos tiene asegurada una vejez sosegada), de repente, se transforma en un arriesgado inversor y se hace con unos títulos que sólo puede vender en un mercado muy específico y complejo. Sólo con estos datos resultaría imposible comprender tan abstrusa decisión y probablemente se acabaría pensando que dicha persona desgraciadamente padece algún tipo de trastorno neurológico. Sin embargo, la perspectiva cambia radicalmente si reparamos en el otro protagonista de la historia.

Entidades de crédito necesitadas de una urgente recapitalización, carentes de inversores profesionales y urgidas por conseguir dinero inmediato, que no se tuviese que devolver

nunca y con la posibilidad, más real que teórica, de verse exoneradas de remunerarlo. Eso explicaría que en la contratación de estos productos tuvo muy poco que ver la iniciativa de los clientes y mucho el interés de las entidades por colocarlos. Y ahora se entiende que en la comercialización de estos productos se concertasen los siguientes factores: necesidad inaplazable de recabar capitales por las entidades de crédito, por un lado, repentinas disposiciones de liquidez de los clientes, por otro lado, a lo que se añaden las numerosas y atractivas ventajas que la propia idiosincrasia del producto presentaba para las primeras (integración del capital en los fondos propios y posibilidad de excluir su remuneración).

Por tanto, constituyen subindicios dentro del más genérico *Móvil*, los siguientes:

— Necesidad de recapitalización de las entidades de crédito (SJPI núm. 11 Vigo, 19 de febrero de 2013).

— Características del producto que sólo redundan en beneficio del emisor de las participaciones preferentes (perpetuidad y eventualidad del pago de intereses).

— Disposición de excedentes de liquidez por parte de los clientes (haberse efectuado el reparto de una herencia, el cobro de una jugosa indemnización, etc.) como detonante de la oferta del producto y su casi inmediata contratación.

— Iniciativa de la entidad comercializadora que se dirige directamente al cliente para ofrecerle el producto —normalmente tras advertir la existencia del estímulo— (SJPI núm. 3 Santa Cruz de Tenerife, 12 de abril de 2012). En otras ocasiones, si bien es el cliente el que acude a la oficina para manifestar que se encuentra ante un excedente de liquidez del que no sabe cómo extraer provecho, es la entidad de crédito la que le ofrece, directa y exclusivamente, participaciones preferentes (SJPI núm. 5 Valencia, 13 de junio de 2012).

D) El ofrecimiento del producto y los momentos previos a la firma de la orden de compra: el «proceso de información»

En este punto nos damos de bruces con el fundamental asunto de la calidad de la información. Es precisamente antes de llevarse a cabo la contratación cuando se debe ilustrar al cliente sobre las características del producto. Constituyen indicadores de una información deficiente o, sencillamente, inexistente, los siguientes: a) ofrecimiento de la información de forma oral —dejando de proporcionar documentación alguna (trípticos, folletos o similares) que contuviese una exposición clara, completa y comprensible de lo que son las participaciones preferentes (SJPI núm. 13

Bilbao, 2 de noviembre de 2011); b) nulo, es- caso y, en todo caso, deficiente conocimiento del producto comercializado por parte de los empleados de la entidad de crédito (SJPI núm. 27 Palma de Mallorca, 27 de septiembre de 2012); c) se omite la confección de simu- laciones con todos los escenarios posibles (expresado en términos accesibles para el cliente); d) escaso tiempo (de apenas unas pocas horas, o unos pocos días) destinado a que el cliente reflexionara sobre la conve- niencia de suscribir la orden de compra de los valores; e) indisposición de borradores de la documentación contractual que pudiera analizar el futuro preferentista en su casa, o que pudiera consultar con terceras personas, con conocimientos especializados; f) preteri- ción de los test de conveniencia e idoneidad en la fase precontractual o informativa; o g) falta de tiempo material para que el cliente se asesorara legalmente y que un abogado pudiera revisar la documentación por su falta de entrega al cliente con carácter previo a la firma.

E) Indicios desprendidos del acto mismo de la firma de los documentos contractuales

Los afectados por las preferentes suelen co- incidir a la hora de expresar lo que recuerdan de tan decisiva jornada: nada o casi nada. Llegaron a la oficina de la entidad interme- diaria, firmaron muchos papeles, de prisa, y se marcharon como llegaron, con las manos en los bolsillos. Es más, en algún que otro caso, tan siquiera la persona que les atendía en ese momento era la misma que les había ofertado el producto y que les había animado a contratarlo.

Son indicios característicos de esta fase los siguientes: a) ausencia de solemnidad (no se firma en presencia del director de la sucursal o en el despacho de éste); b) no se procede a la lectura en voz alta de la documentación que se rubrica, con las necesarias interrup- ciones para explicar eventuales fragmentos del texto de difícil comprensión (téngase presente que, en la inmensa mayoría de los casos, ésta es la primera vez en que el cliente se enfrenta a los documentos negociales); c) no se inquiere de forma reiterada al cliente para que exprese si realmente ha compren- dido las características del producto que es- tá adquiriendo; d) no se menciona de forma oral y expresa que las participaciones pre- ferentes son perpetuas (SJPI núm. 1 Bilbao, 19 de noviembre de 2010); e) asistencia al acto de la firma de una sola persona en su- puestos en que la orden de compra la cursan varias, adquiriendo los títulos en copropiedad —por ejemplo, en caso de matrimonios, só- lo acude uno de los cónyuges— (SJPI núm. 21 Valencia, 10 de octubre de 2012); f) no se rubrican todas las páginas, sino sólo en la parte final de los documentos, que es la única que se pone claramente a la vista del

cliente, e incluso se da conversación al cliente mientras firma los documentos, para evitar su conocimiento sobre los mismos; g) no se respeta el orden lógico de firma de los docu- mentos (primero, contrato marco de gestión asesorada; seguidamente, orden de compra), e incluso se rubrica en una fecha la orden de compra y días más tarde se firma el test de conveniencia; h) cumplimentarse los test de conveniencia e idoneidad el mismo día de la firma de los contratos, en unidad de acto (lo que revela su nula trascendencia, sea cual sea el resultado que arroje); i) algún documento negocial de relevancia —como pueda ser la propia orden de compra— figura sin firmar (SJPI núm. 1 Cambados, 10 de julio de 2012); j) marchan de la oficina sin que se les en- tregue un duplicado de cuantos documentos negociales han suscrito; k) tienen recuerdos muy vagos de lo sucedido en tal acto, como si simplemente se tratara de una retirada de efectivo (nula sensación de trascendencia real del acto realizado).

F) Indicios desprendidos de la forma y del con- tenido de la documentación contractual

Estos indicios permiten probar el *Móvil*, la de- ficiente calidad de la información, la inexis- tencia de un auténtico proceso de reflexión y, por supuesto, las inadecuadas estructuras mentales previas de los clientes.

Destacan los siguientes indicios: a) el test de conveniencia contiene pocas preguntas, de contenido genérico y de difícil intelección — incluso llegan, en ocasiones, a contener ex- presiones que inducen al cliente a confusión; por ejemplo, al emplear la expresión «renta fija»—; b) el test de conveniencia se da a la firma del cliente con las casillas previamente marcadas en el texto impreso (SJPI núm. 7 Donostia, 5 de noviembre de 2012); c) el test de idoneidad se revela inveraz, puesto que se consignan supuestas respuestas del cliente que divergen absolutamente de la realidad (SJPI núm. 1 Cambados, 10 de julio de 2012); d) el folleto informativo —que sorprenden- temente se entrega al tiempo de la suscripción de los documentos negociales— se expresa con una terminología fuera del alcance del cliente sin conocimientos financieros, care- ciendo, asimismo, de una suerte de glosario como anexo o como prólogo (SJPI núm. 27 Palma de Mallorca, 27 de septiembre de 2011); e) el referido folleto informativo —de gran extensión— se encuentra redactado en un idioma extranjero (SJPI núm. 15 Zarago- za, 9 de septiembre de 2009); f) empleo de términos inexactos en el «consentimiento informado» que esconden o enmascaran los riesgos que está contrayendo el cliente al adquirir participaciones preferentes —por ejemplo, no se manifiesta que se puede per- der la totalidad de la inversión, sino que se puede incurrir en pérdidas— (SJPI núm. 5 Va- lencia, 13 de junio de 2012); g) mención en

la propia orden de comprador de rasgos defi- nidores del cliente que chocan frontalmente con la naturaleza del producto —en algún caso, se puede leer que el perfil del cliente es «conservador» o de perfil de riesgo «bajo»— (SJPI núm. 7 Donostia, 5 de noviembre de 2012); h) en la orden de compra se contienen expresiones —una fecha de vencimiento, por ejemplo— que chocan frontalmente con el carácter perpetuo de las participaciones pre- ferentes (SAP Córdoba, Secc. 1.ª, 30 de enero de 2013); i) omisión de datos relevantes en la orden de compra —que sólo menciona el tipo de producto, su importe y el rendimiento previsible— (SAP Alicante, Secc. 4.ª, 27 de septiembre de 2012); j) omisión de la fecha en documentos de carácter informativo con el propósito de dejar la puerta abierta a sos- tener que su entrega fue previa a la firma de los documentos contractuales.

G) Algunos hechos de ocurrencia postcontrac- tual que contribuyen al refuerzo de las erró- neas creencias de los preferentistas

En algún caso, la prueba del vicio del con- sentimiento se simplifica enormemente puesto que la conducta postcontractual del preferentista habla por sí sola. Se han dado supuestos en la práctica en los que el cliente estaba hasta tal punto convencido de que había contratado otra cosa —concretamen- te, un depósito a plazo— que cada vez que tenía pequeños excedentes de liquidez, los «destinaba» a la adquisición de nuevos tí- tulos (en un caso, un abuelo, que contrató participaciones preferentes para sus nietos, efectuaba sucesivos ingresos periódicos, de escasa cuantía, a modo de «hucha»).

Idéntica consideración merece el hecho de que se reciban abonos de intereses en la cuenta corriente asociada. Este indicio que se ha interpretado por las entidades de cré- dito como una muestra de que los preferen- tistas sabían lo que se hacían, permite una lectura mucho más acorde con la realidad social imperante: los depósitos remunerados también dan lugar al abono periódico de in- tereses (SAP Córdoba, Secc. 1.ª, 30 de enero de 2013).

Por último, no podemos dejar de mencionar aquellos casos en que se permitió al cliente recuperar —al poco de tiempo de haberse adquirido los títulos— una pequeña parte de la suma invertida (SAP Alicante, Secc. 4.ª, 27 de septiembre de 2012).

H) Indicios que se desprenden en la fase de «reclamación»

Una vez que el preferentista cae en la cuenta de su verdadera situación y de lo que real- mente supone ser titular de participaciones preferentes, se dirige a la entidad de crédito

para pedir explicaciones. En ocasiones, lo hacen personalmente, otras veces, por escrito. En este último caso, tan indiciario resulta que se dé la llamada por respuesta, como que se ofrezcan explicaciones inconducentes. Mayor peso probatorio tienen, aún, aquellos supuestos en que los empleados de la entidad pretenden tranquilizar al cliente persistiendo en las mismas razones que adujeron el día que comercializaron el producto (que puede retirar el dinero en cualquier momento, que se les abonarán los intereses que se hayan dejado de abonar durante un tiempo, etc.).

5. Consideraciones finales en torno a los medios de prueba en los litigios relativos a las participaciones preferentes

Aunque, como ya hemos dicho, los vicios en el consentimiento se prueban por medio de presunciones judiciales, lo cierto es que los indicios se tienen a su vez que probar y lo más usual es que, a tal efecto, se tengan que emplear los medios de prueba (art. 299 LEC). Y con respecto a estos interesa efectuar algunas consideraciones acerca de sus aspectos más destacados:

i) *Interrogatorio de parte*. Por lo general, no reviste interés para el demandante (preferentista) valerse de este medio de prueba. Los legales representantes de las entidades de crédito no tienen directo conocimiento de los hechos y, a la par, quienes conocen lo sucedido encajan mucho mejor en la prueba de interrogatorio de testigos (fundamentalmente, porque, como a tales, se les recibe juramento o promesa de decir verdad). Por otro lado, las entidades demandadas prácticamente nunca interesan el interrogatorio de los actores.

ii) *Interrogatorio de testigos*. Resulta casi obligado solicitar el interrogatorio de la persona o personas que intervinieron en la comercialización de las participaciones preferentes (incluyendo, tanto a los que intervinieron en la fase previa o informativa, como a los que hicieron acto de presencia en el momento de firmar los documentos negociales). Como ya dijimos en otra ocasión, son muchos los aspectos de interés sobre los que formular preguntas: la formación proporcionada por la entidad de crédito en materia de participaciones preferentes; la duración del acto de suscripción de los documentos; el modo preciso en que se cumplimentaron los test efectuados a los clientes; el contenido exacto de las explicaciones que se proporcionó en su día a los ahora demandantes, e incluso el alcance y contenido exacto del clausulado de la documentación, que puede llevar a la conclusión de que ni ellos mismos conocían las operaciones que ofrecían a sus clientes, etc.

iii) *Prueba pericial*. Pueden ser de distinto orden y contenido. Debemos mencionar,

en primer lugar, la de corte estrictamente psicológico. Con ella se pretende convencer al juzgador de la discordancia grave que existía entre la estructura mental previa del cliente y la complejidad de la información recibida de la entidad de crédito. El psicólogo puede dar buena cuenta de los factores que distorsionan la correcta comprensión de un mensaje en un escenario poco propicio para el destinatario de la información. Se nos antoja sumamente recomendable pedir al experto que se pronuncie sobre la posibilidad de comprender adecuadamente las advertencias que se contienen en un texto en las circunstancias específicas en que se traslada la información y se produce la firma de los documentos contractuales (el consentimiento informado prestado en determinado escenario, con diversas fuentes de distracción, tanto internas, como externas, resulta escasamente comprometedor).

La pericial económica puede aportar abundante luz al esclarecimiento de la existencia de vicios en el consentimiento. Un experto puede realizar una lectura crítica de la inteligibilidad de la documentación informativa y negocial.

Por último, no puede perderse de vista la conveniencia de aportar dictámenes periciales grafológicos en el caso de que se sostenga por el afectado que su rúbrica en alguno de los documentos no ha sido realizada de su puño y letra. Una variante específica de esta clase de prueba pericial es el análisis psicografológico de la escritura. Su utilidad se impone en aquellos supuestos en que el preferentista, de avanzada edad o enfermo al tiempo de la adquisición de los valores, ha fallecido. El examen de los rasgos de sus rúbricas podría arrojar luz sobre la existencia de impedimentos o afectaciones neurológicas relevantes para la formación de la voluntad.

iv) *Prueba documental*. Para el caso de que el demandante no disponga de la documentación informativa y contractual y, habiéndola pedido en fase prejudicial, no se le haya facilitado por la entidad de crédito, el deber de exhibición de documentos entre partes (art. 328 LEC) adquiere una especial significación. Asimismo, podría interesar, entre otros extremos, que la entidad demandada justificara documentalmente la formación efectivamente proporcionada a sus empleados en relación con la materia que nos ocupa.

v) *Reconocimiento judicial de personas*. Como ya tuviéramos ocasión de argumentar en otro momento (16), y, asimismo, han refrendado voces autorizadas en nuestra doctrina científica (17), no acertamos a encontrar impedimento alguno para la práctica de este medio de prueba en esta clase de procedimientos. Desde luego, el diálogo abierto entre el juzgador y el sujeto del reconocimiento permite al primero palpar con claridad la exacta capa-

cidad de comprender y procesar información compleja del segundo.

vi) *Medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen*. Según se ha expuesto en otro momento de este estudio, un síntoma claro de la ausencia de una correcta información es la corta duración del proceso de rúbrica de los documentos contractuales (expresado en términos relativos, en comparación con la extensión de tiempo que supondría leer la documentación en voz alta, deteniéndose el empleado de la entidad a explicar las expresiones y los términos de difícil intelección). A tal efecto, puede presentar cierto interés requerir a la demandada —por vía del art. 328 LEC— los soportes de los sistemas de videovigilancia de la sucursal, a fin y efecto de identificar a qué horas entran y salen los actores de la oficina. Al mismo tiempo, bastaría con realizar un simulacro de lectura detenida de la documentación, cronometrarlo y grabarlo en video. El análisis comparativo se podría efectuar fácilmente en el acto del juicio reproduciendo ambos documentos audiovisuales. Aún más provechoso sería que una de las cámaras de videovigilancia de la entidad cubriera la mesa o el despacho en el que fueron atendidos los clientes, ahora actores.

6. Fugaz mención a las reglas sobre la carga de la prueba

Nos conformaremos con esbozar unos pocos trazos. Para empezar, la prueba de la existencia de vicios en el consentimiento corre de cuenta del que los ha padecido. Sin embargo, se debe prestar atención a los *subthema probandi* cuya acreditación redunde en el éxito del tema general de prueba antes señalado. Y en relación con los subtemas de prueba, debe afirmarse sin ambages que, cuando se trata de una ausencia total de información o de que la misma se ofreció con severas lagunas, la carga de probar que sí se observó dicha obligación con diligencia grava a la entidad comercializadora demandada. La razón es simple: de otro modo, se cargaría al actor con el insoportable peso de demostrar un hecho negativo (SJPI núm. 11 Vigo, 19 de febrero de 2013). Cambiando de tercio, y por lo que respecta al particular substrato mental previo del cliente, así como a las circunstancias que rodearon la fase de reflexión, el gravamen probatorio recae enteramente sobre el afectado demandante. Para finalizar, en cuanto a la prueba del *Móvil* y del interés preeminente de la entidad intermediaria en que se hiciera efectiva la contratación, no debe dejar de considerarse la regla tuitiva —para el cliente— recogida en el art. 217.7 LEC, que atiende esencialmente a la mayor facilidad y disponibilidad probatoria de la demandada, que no habría de tener mayor dificultad en reunir evidencia acerca de un destino de los fondos distinto a fortalecer los recursos propios del grupo societario al que pertenece. ■

NOTAS

(1) Para quien desee profundizar en el conocimiento de las participaciones preferentes, véanse ALONSO ESPINOSA, F. J., «Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito», *Diario LA LEY*, Núm. 7875, Sección Doctrina, 7 Jun. 2012, Año XXXIII, Ref. D-235, LA LEY 5971/2012; PÉREZ DAUDÍ, V., y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «Las participaciones preferentes de entidades financieras intervenidas. Análisis de las posibilidades procesales del inversor», *Revista Digital El Derecho*, 26 de septiembre de 2012; RAMOS MUÑOZ, D., «Las participaciones preferentes y su contexto: resolviendo el sudoku», *Diario LA LEY*, núm. 7970, Sección Tribuna, 22 Nov. 2012, LA LEY 18149/2012; PRATS ALBENTOSA, L., «Participaciones preferentes: productos para profesionales en manos de consumidores», *Diario LA LEY*, Núm. 7970, Sección Tribuna, 22 Nov. 2012, LA LEY 18660/2012; MÉNDEZ TOJO, R., «Doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes», *Diario LA LEY*, Núm. 7970, Sección Tribuna, 22 Nov. 2012, LA LEY 9790/2012; VV.AA., «Participaciones preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido? Prácticas bancarias y protección del consumidor», Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012; VV.AA., «Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes (E. SANJUÁN y MUÑOZ, dir.-coord., y J. M. LÓPEZ JIMÉNEZ, dir.)», Ed. Bosch, L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013.

(2) Página web del Banco de España.

(3) Cfr. CHAVES RIVAS, A., «Instrumentación y formalidades en la emisión de participaciones preferentes. Derecho de información», en *Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes (E. SANJUÁN y MUÑOZ, dir.-coord., y J. M. LÓPEZ JIMÉNEZ, dir.)*, Ed. Bosch, L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013, págs. 74 a 77.

(4) Cfr. SANJUÁN y MUÑOZ, E., «Participaciones preferentes. Análisis general», en *Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes (E. SANJUÁN y MUÑOZ, dir.-coord., y J. M. LÓPEZ JIMÉNEZ, dir.)*, Ed. Bosch, L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013, pág. 34.

(5) Cfr. ALONSO ESPINOSA, F. J., «Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito», *Diario LA LEY*, Núm. 7875, Sección

Doctrina, 7 Jun. 2012, Año XXXIII, Ref. D-235, LA LEY 5971/2012.

(6) SANJUÁN y MUÑOZ, E., «Participaciones preferentes. Análisis general», ob. cit., pág. 33.

(7) CHAVES RIVAS, A., «Instrumentación y formalidades en la emisión de participaciones preferentes. Derecho de información», ob. cit., pág. 77.

(8) Cfr. ALONSO ESPINOSA, F. J., «Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito», ob. cit.

(9) FERRANDO VILLALBA, M. L., «Las participaciones preferentes: regulación, caracteres y protección de los clientes bancarios», en *Participaciones preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido? Prácticas bancarias y protección del consumidor*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pág. 30.

(10) Tomadas de FERRANDO VILLALBA, M. L., «Las participaciones preferentes: regulación, caracteres y protección de los clientes bancarios», ob. cit., págs. 28 a 30.

(11) Dado que nuestra preocupación no alcanza a las cuestiones de estricto orden sustantivo, nos hemos visto obligados a pasar de largo por algunos temas sumamente espinosos. Uno de ellos es precisamente la cuestión de si se puede considerar como casos de intermediación financiera pura a aquellos supuestos —como es, por ejemplo, el de la actual BANKIA— en que emisor y comercializador pertenecen al mismo grupo societario (Caja Madrid, S.A., primeramente, y luego BANKIA, S.A., han comercializado participaciones preferentes de la entidad Caja Madrid Preferred, S.A.). FERRANDO VILLALBA, M. L., «Las participaciones preferentes: regulación, caracteres y protección de los clientes bancarios», ob. cit., pág. 42, ha afirmado que «evidentemente, cuando una entidad de crédito ha comercializado entre sus clientes sus propias participaciones preferentes o las emitidas por una de sus filiales, en ningún caso podrá alegar su carácter de intermediaria en el negocio de adquisición, resultando posible demandar la anulación del contrato de adquisición de las participaciones y, en todo caso, del contrato marco de valores (...)».

(12) Como sostiene la CNMV, «(...) en un contexto de campañas internas de distribución masiva de productos complejos de riesgo medio o alto (...) entre los clientes de banca comercial, es posible que se utilice un lenguaje con elementos de opinión presentando la inversión como idónea

para los clientes con la finalidad de que el inversor adopte la decisión de adquirir el instrumento financiero, es decir, el riesgo de prestar el servicio de asesoramiento en materia de inversión de forma inadvertida es mucho mayor (...)» (Guía sobre la prestación de asesoramiento en materia de inversión de la CNMV de 23 de diciembre de 2010; http://www.cnmv.es/DocPortal/GUIAS_Perfil/GuiaAsesoramientoInversion.pdf).

(13) En este sentido coincidimos en gran medida con PÉREZ DAUDÍ, V., y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «Las participaciones preferentes de entidades financieras intervenidas. Análisis de las posibilidades procesales del inversor», *Revista Digital El Derecho*, 26 de septiembre de 2012. No obstante, albergamos ciertos reparos frente a la posibilidad de resolver el mandato de compra ex art. 1124 CC. Consideramos que el deber de informar o de asesorar no constituye una prestación propia del mandato y que éste se cumple en la medida en que se produce la efectiva adquisición de los títulos.

(14) Para una visión de conjunto sobre la compleja temática de la percepción, el conocimiento, la creencia y la conciencia, en relación con el Derecho, véase MUÑOZ SABATÉ, LL., *Tratado de Probática Judicial*. Tomo I. La prueba del hecho psíquico, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1992, págs. 11 a 22.

(15) En este sentido, cfr. PÉREZ DAUDÍ, V., y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «Las participaciones preferentes de entidades financieras intervenidas. Análisis de las posibilidades procesales del inversor», ob. cit.

(16) Véase, DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La problemática de las participaciones preferentes (III): Reflexions sobre la prova dels vicis del consentiment en materia de participacions preferents», *Món Jurídic (Revista del Il·lustre Colegio de Abogados de Barcelona)*, número 267, mayo 2012, págs. 26 a 27.

(17) Entre otros, cfr. PÉREZ DAUDÍ, V., y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «Las participaciones preferentes de entidades financieras intervenidas. Análisis de las posibilidades procesales del inversor», ob. cit., e IZQUIERDO BLANCO, P., «Reconocimiento judicial de personas físicas. ¿Puede solicitarlo la parte actora de su mandante, para pretender la acción de nulidad de un contrato de compraventa de participaciones preferentes?», *Diario LA LEY*, núm. 8014, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio núm. 10, Sección Preguntas con respuesta: la prueba a consulta, 1 Feb. 2013, Año XXXIV, págs. 22 y 23.



AUTOR:

Lluís Muñoz Sabaté

Páginas: 272

Encuadernación: Rústica
ISBN: 978-84-9020-129-9



El clamoroso éxito obtenido por el *Curso de Probática Judicial* (2009), edición totalmente agotada, ha inducido a LA LEY (grupo Wolters Kluwer) a **publicar, no una segunda edición, sino a encargar al autor una ampliación de sus profundos conocimientos sobre dicha disciplina**, no solo entendida en el sentido de «cómo probar los hechos en el proceso», sino también de «cómo ayudar a probarlos».



LA LEY
grupo Wolters Kluwer

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR

TEL.: 902 250 500 / INTERNET: <http://tienda.laley.es>

ESADE
Facultad de Derecho
INSTITUTO DE
PROBÁTICA Y DERECHO
PROBATORIO

DOSSIER



Dossier

Jurisprudencia sobre derecho probatorio



Consulte los textos íntegros en
www.diarialeley.es

LA LEY 3140/2013

Jurisprudencia sobre derecho probatorio

Xavier ABEL LLUCH

Profesor Facultad Derecho ESADE. Magistrado excedente

Director del Instituto de Probática y Derecho Probatorio (ESADE-URL)

El primer comentario trata sobre la eficacia probatoria del dictamen pericial cuando no ha sido ratificado en juicio, y en general cuando el dictamen carezca del juramento o promesa de decir verdad, como prueba fundamental. En el segundo se abordan los límites de la prueba, en especial de la pericial y el interrogatorio de testigos y la relación entre la institución de la carga de la prueba y el principio de la elasticidad de la prueba. Y en el tercero y último se abordan cuestiones relativas a la titulación necesaria para emitir el dictamen pericial y los efectos probatorios del informe emitido por perito sin la titulación oficial idónea.

I. EFICACIA PROBATORIA DEL DICTAMEN NO RATIFICADO Y DEL DICTAMEN SIN JURAMENTO O PROMESA DE DECIR VERDAD

Comentario STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 11 de enero de 2011, Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Como antecedentes necesarios para el correcto entendimiento de las cuestiones a comentar procede dejar constancia de los siguientes: 1.º) Por la entidad promotora Lobresol, S.L. se presentó demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad (515.181,86 €) denunciando un incumplimiento de un contrato de ejecución de obra resuelto unilateralmente por la demandada Conducciones Hidráulicas y Carreteras, S.A.; 2.º) La contratista (Conducciones Hidráulicas y Carreteras, S.A.) facturó a la promotora unas cantidades por errores en el proyecto y que tuvo que realizar trabajos no previstos y no previsibles, pero la promotora (Lobresol, S.L.) se negó a pagar por entender que era un contrato de ajuste alzado, por lo que la contratista resolvió el contrato y abandonó la obra; 3.º) La promotora Lobresol, S.L. solicita que se declare injustificada la resolución unilateral de la obra y le reclama la cantidad de 515.181,86 €; 4.º) El Juzgado de

Primera Instancia núm. 7 de Granada dictó en fecha 16 de octubre de 2009 sentencia desestimando íntegramente la demanda; 5.º) Interpuesto recurso de apelación por la entidad Lobresol, S.L., la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, dictó en fecha 16 de abril de 2010 sentencia desestimando el recurso de apelación e imponiendo las costas a la apelante; 6.º) Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estima parcialmente en el único particular de condenar a la entidad demandada Conducciones Hidráulicas y Carreteras a pagar a la actora la cantidad de 94.269,25, con los intereses moratorios desde la interpelación judicial; 7.º) La demandada Conducciones Hidráulicas y Carreteras, S.A., había aportado antes de la audiencia previa un informe pericial que carecía del juramento o promesa de decir verdad (art. 335 LEC).

A efectos de nuestro interés, la sentencia comentada presenta dos aspectos: 1.º.—Eficacia probatoria del dictamen pericial de parte no ratificado en juicio y carente del juramento o promesa de decir verdad; y 2.º.—Posible eficacia probatoria del dictamen pericial sin juramento o promesa de decir verdad como prueba documental.

1.º.—Eficacia probatoria del dictamen pericial de parte no ratificado en juicio y

carente del juramento o promesa de decir verdad.

Una de las preocupaciones del legislador con respecto a la prueba pericial es la relativa al control de la imparcialidad del perito. Para ello, y junto a unos mecanismos que son propios de la pericial de parte —tacha del perito— y otros mecanismos que son propios de la pericial de designación judicial —absolución y recusación del perito— ha incluido un mecanismo común a toda pericial, cual es el juramento o promesa de decir verdad, que aparece recogido en el art. 335.2 LEC en los términos literales siguientes: «Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que puede favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podrá incurrir si incumpliere su deber como perito».

El tradicional, genérico y centenario juramento de «desempeñar bien y fielmente el cargo» (arts. 618 LEC 1881 y 492.I Proyecto de 1974) fue sustituido por el novedoso juramento —o promesa de decir verdad— de «actuar con la mayor objetividad posible» (art. 335 LEC), ubicado en el frontispicio de la regulación de la prueba pericial y que se extiende a todo lo favorable o desfavorable para las partes. Debe tenerse en cuenta que, vigente la LEC 1881, los peritos eran normalmente designación por insaculación de las partes o por mutuo acuerdo de las partes, de manera que gozaban de una presunción de imparcialidad, mientras que al instaurarse un modelo dual de pericial con la LEC 2000 —pericial de parte y pericial de designación judicial— se intenta reforzar la garantía de objetividad del perito de parte con la inclusión de esta modalidad de juramento (1), que en opinión de algún autor, se trata de un evidente refuerzo psicológico, de inclusión obligada en el dictamen pericial, y que convierte al perito de parte no en un simple *consultor*, sino en un auténtico perito (2).

Este juramento o promesa de decir verdad es un requisito formal que opera tanto sobre la dimensión objetiva de la pericia, referida a la aplicación de conocimientos o técnicas objetivas, cuanto sobre la dimensión subjetiva, referida a la opinión o criterio del propio perito (SAP Álava, de 24 de julio de 2006). Además, se extiende al conocimiento de «las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito» (art. 335.2 LEC), previniendo al perito frente a los delitos de falso testimonio (arts. 459 y 460 CP), de cohecho (art. 421 CP) y negociaciones y actividades prohibidas a peritos (art. 440 LEC).

En la práctica forense este juramento se suele incluir en el encabezamiento del dictamen

pericial, y es importante que sea así, pues es sabido que, con la LEC, tanto el dictamen emitido por perito designado a instancia de parte cuanto el dictamen emitido por perito de designación judicial no precisan de «ratificación» para desplegar eficacia probatoria. La exigencia de prestar el juramento o promesa de actuar con objetividad se extiende tanto al dictamen por perito designado a instancia de parte, cuanto al dictamen por perito de designación judicial y así se deduce inequívocamente del art. 335 LEC que se encabeza con un onmicomprensivo y solemne «... todo perito...».

Siendo el requisito del juramento o promesa de decir verdad de carácter formal, la doctrina es pacífica en admitir su subsanación, permitiendo su ratificación posterior, difiriendo la jurisprudencia menor en cuanto a su valoración probatoria, pues una vez ratificado, unas veces se le niega el carácter de prueba pericial y el dictamen deberá valorarse como prueba documental y la ratificación como prueba testifical (SAP Segovia de 26 de diciembre 2006) y otras veces, con mayor acierto, se le considera como un dictamen pericial con valor probatorio pleno (SAP Madrid de 28 de junio de 2006).

La situación más conflictiva se produce en el caso, como en el de autos, en que: 1.º) Se aporta por una de las partes (en este caso, la constructora demandada Construcciones Hidráulicas y Carreteras, S.A.) un dictamen pericial en el que no consta el juramento o promesa de decir verdad; 2.º) Se solicita por la propia demanda la subsanación del referido defecto formal en la fase de audiencia previa, a través de la «ratificación» del perito; 3.º) El perito no comparece al acto del juicio para la subsanación del referido defecto; 4.º) El mismo dictamen pericial había sido ratificado en otro proceso relacionado con el de autos.

En tal caso, el dictamen pericial adolece de un defecto —cual es el juramento o promesa de actuar con la mayor objetividad posible— que no es irrelevante, como lo demuestra, entre otras razones, a) el hecho que aparezca recogido en el art. 335.2 LEC, precisamente en el artículo que encabeza la regulación de la prueba pericial; b) el hecho que la infracción del deber de actuar con objetividad pueda comportar eventualmente una responsabilidad penal por falso dictamen pericial (arts. 459 y 460 LEC), y c) el hecho que la sentencia firme recaída en virtud de prueba pericial en la que el perito hubiera sido condenado por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia constituya uno de los motivos de revisión de una sentencia firme (art. 510.3 LEC).

No puede afirmarse, por tanto, que un informe pericial que soslaya un requisito formal de esta trascendencia, y en el que el perito

—por las razones que fuera— no ha podido subsanarlo, a pesar del requerimiento expresa al efecto, pueda considerarse como un dictamen pericial. Y no entorpece la anterior afirmación el hecho que el informe pericial fuera ratificado en otro proceso anterior, pues la subsanación de la omisión se ha de producir en el mismo proceso en el que el informe pericial pretende desplegar eficacia probatoria. En definitiva, el dictamen pericial sin juramento o promesa de decir verdad y no ratificado en el acto del juicio oral no puede ser considerado como prueba pericial por la ausencia de un requisito formal y constitutivo de la prueba pericial, sin perjuicio de que pueda tener otra virtualidad probatoria, con lo cual entramos en la segunda de las cuestiones planteadas. Ello no obstante, debemos dejar constancia que tal opinión no es pacífica y tampoco falta autores que han sostenido que requerido el perito para efectuar el juramento o promesa o reparar la omisión advertida, declinare efectuarlo, tal comportamiento equivale a rehusar el encargo, lo que, en relación con los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes, comporta su ineficacia (3).

2.º.—Posible eficacia probatoria del dictamen pericial sin juramento o promesa de decir verdad como prueba documental.

Ahora bien, una cuestión es la inidoneidad de un informe pericial carente de juramento o promesa de decir verdad y no ratificado para constituir una prueba pericial y otra distinta es que deba privársele de cualquier eficacia probatoria. El informe pericial recoge las manifestaciones de un sujeto (en este caso, un perito) sobre hechos, actos o estados de cosas relevantes para el proceso, por lo que puede ser considerado como una prueba documental, o más exactamente, como una prueba documental atípica en cuanto inicialmente se aportó como prueba pericial y fue emitido por un perito (no habiéndose negado ni cuestionado la autenticidad ni la autoría del informe).

Si asumimos la concepción mayoritaria de documento como objeto representativo de un hecho de interés al proceso, cuyos elementos son: a) el soporte —en este caso papel—; b) su contenido —en este caso, el acto documentado con las manifestaciones del perito—; c) el autor —en este caso, un perito—, y d) su fecha y firma —en este caso, también indiscutidas—, comprobamos que todos los anteriores elementos concurren en el informe pericial de constante referencia. Esta fue la solución adoptada en la sentencia comentada en la que admite que cabe la valoración del informe pericial «como prueba documental» (FJ 3.º).

De hecho la propia parte recurrente había admitido su valor como prueba documental y en la sentencia comentada se puede leer

que la parte recurrente manifiesta «aunque entendemos que podría ser valorada como prueba documental, como tal, deja mucho que desear por cuanto es de fecha 7 de marzo de 2007, es decir, transcurrido un año desde la resolución del contrato de ejecución de obras y documenta hechos en los que, obviamente, no se encontraba presente su autor; además de que dicho documento se contradice con las numerosas pruebas practicadas en el acto del juicio». La sentencia comentada no entra a analizar semejante alegación bajo el argumento que ello comportaría una revisión de la prueba no autorizada en casación.

Obviamente, que tratándose de un informe pericial encargado por la demandada recoge hechos posteriores a la resolución del contrato de ejecución de obras y hechos no presenciados por su autor, pero es que no puede olvidarse que el documento en cuestión nació como un informe pericial, esto es, en virtud de un encargo de la parte demandada. Por otra parte, y dogmáticamente no puede olvidarse que la prueba documental es un medio de prueba indirecto, pues la percepción judicial directa es sustituida por la representación. El documento recoge la representación presente de un hecho ausente, pudiendo la representación de un hecho pasado, de un hecho presente e incluso de un hecho futuro, a diferencia del testigo, cuyo objeto siempre es la declaración de un hecho pasado.

II. LÍMITES DEL DERECHO A LA PRUEBA EN LA PERICIAL Y EL INTERROGATORIO DE TESTIGOS

Comentario STS, Sala Primera de lo Civil, de 18 de julio de 2012, Ponente: D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos

Los antecedentes de hecho necesarios para la comprensión de la sentencia se resumen en el primero de los fundamentos jurídicos del modo literal siguiente: 1) El 16 de enero de 1995 PERGEMON, S.A. (posteriormente absorbida por DRONAS 2002, S.L.) y KILIKRANKI, S.A. (en adelante KILIKRANKI), suscribieron un contrato de franquicia (sustituido después por el suscrito el 1 de julio de 1996) por el que la primera, titular de la marca NACEX cedía a la franquiciada el uso de la marca en las condiciones de tiempo y espacio pactadas en el contrato; 2) A raíz de la firma del contrato, la franquiciada se integró en la Red de Franquicia para la explotación del negocio de transporte urgente y paquetería promovida por la franquiciadora; 3) Debido al impago por la franquiciada de diversas liquidaciones, y tras diferentes requerimientos el 15 de octubre de 2003 DRONAS, S.A., comunicó a la franquiciada la resolución del contrato y reclamó el pago de las cantidades adeudadas; 4) Pese a la comunicación de la resolución, KILIKRANKI siguió haciendo uso de la marca

NACEX, pese a los múltiples requerimientos para que cesase en él.

De la sentencia de referencia interesa destacar varios comentarios en el ámbito del Derecho Probatorio que, resumidamente expuestos, son los siguientes: 1) La configuración del derecho a la prueba y sus límites; 2) La entrega aplazada y la pericial complementaria sobre el dictamen de contrario; 3) La incomunicación de los testigos como garantía para la práctica del interrogatorio de testigos; 4) La relación entre la institución de la carga de la prueba y el principio de la elasticidad de la prueba.

1. La configuración del derecho a la prueba y sus límites

La sentencia comentada empieza su fundamentación jurídica destacando la importancia y trascendencia del derecho a la prueba —técnicamente, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE)— en todo tipo de proceso y la posibilidad de las partes de impulsar la actividad probatoria que convenga a sus intereses.

Sin embargo, y tras esta afirmación inicial, matiza, acto seguido, que el derecho a la prueba se halla sujeto a tres límites: a) el de pertinencia, en virtud del cual no se puede llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino que las partes solo tienen derecho a la admisión y práctica de las pruebas pertinentes; b) el de diligencia, que significa que la parte ha de solicitar la prueba en la forma y momento legalmente establecido y sobre un medio de prueba autorizado por el ordenamiento jurídico; c) el de relevancia, que significa que la actividad probatoria que no fue admitida era decisiva en términos de defensa.

El término «límites», empleado en la sentencia y aplicado al derecho a la prueba, se utiliza en un sentido muy lato, pues es cierto que el derecho a la prueba es un derecho de configuración legal y está sujeto a ciertos límites, y entre ellos, el de pertinencia, pero resulta más matizable que la diligencia y relevancia sean «límites» del derecho a la prueba. Veamos separadamente cada uno de estos tres «límites».

El límite de la «pertinencia» es indiscutible. Jurídicamente se entiende por pertinencia la relación que guarda el medio de prueba propuesto con el tema de prueba, resultando impertinente el medio de prueba que no guarda relación con el tema de prueba. Deben, por tanto, inadmitirse por impertinentes, las pruebas: a) sobre hechos no alegados por las partes; b) sobre hechos que no hayan sido alegados oportunamente en el proceso; c) sobre hechos exentos de prueba, como son los hechos admitidos de adverso; d) sobre

hechos que gozan de notoriedad absoluta y general (art. 281.3 LEC); e) sobre hechos irrelevantes en términos del fallo; f) sobre las instituciones, normas o cuestiones que sean de obligado conocimiento por el tribunal.

El límite de la «diligencia» —descrito en la sentencia como la solicitud de «la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento»— tal vez podría entenderse como la observancia del principio —o, mejor, del criterio de admisión de las pruebas— consistente en la legalidad. El art. 283 LEC recoge y enumera como criterios de admisión de los medios de prueba la pertinencia, la utilidad y la legalidad. Con respecto a este último se afirma que «nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la Ley» (art. 283.3 LEC). En sentido amplio, el principio de legalidad en la proposición de los medios de prueba puede entenderse como la necesidad de la observancia de las normas legales. En sentido estricto, el principio de legalidad en la proposición de los medios de prueba se traduce en la doble exigencia —recogida en la sentencia comentada— que: a) la solicitud de los medios de prueba debe efectuarse con observancia de los requisitos de forma y tiempo legalmente establecidos, y b) la solicitud de los medios de prueba debe comprender un medio de prueba autorizado por el ordenamiento jurídico. De hecho, el apartado 3.º del art. 283 LEC recoge la formulación negativa de esta exigencia al inadmitir como medio de prueba una actividad prohibida por la Ley.

La relevancia más que un límite al derecho a la prueba, es una exigencia de la técnica casacional española. La relevancia es un término especialmente utilizado en la legalidad y literatura de los países anglosajones, en los que se entiende que una prueba es relevante cuando aporta eficacia probatoria. Mientras la pertinencia alude a la relación entre los medios de prueba y el *thema decidendi*, la relevancia alude al juicio de necesidad o utilidad de las pruebas [STC, 10 de abril de 1985 (4)]. En la sentencia comentada se argumenta que la «relevancia» significa que «la actividad probatoria no admitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente». Se hace necesario, por tanto, conectar la relevancia de la prueba con el derecho de defensa del recurrente y con un elemento añadido, esto es, la potencialidad para alterar el fallo de la sentencia. Y debe entenderse por prueba relevante como la susceptible de modificar la decisión judicial. Con ello, en realidad se está afirmando que no toda prueba inadmitida o no practicada puede integrar el derecho a la prueba, sino aquella prueba que, por su trascendencia, puede alterar el fallo, correspondiendo la carga procesal de acreditar esa trascendencia a la parte que invoca la infracción del derecho a la prueba.

Desde el punto de vista científico, una aportación brillante al estudio de los límites del derecho a la prueba es la de PICÓ I JUNOY, quien distingue entre límites intrínsecos (o inherentes a la actividad probatoria) y los límites derivados de los requisitos legales de proposición. Los primeros se concretan en aquellos presupuestos o condiciones que, por su propia naturaleza, debe cumplir toda prueba, siendo éstos, la pertinencia y la licitud. Los segundos se subdividen, a su vez, entre límites genéricos —requisitos de legitimación y requisitos temporales— y límites específicos de los diversos medios de prueba (5).

2. La entrega aplazada y la pericial complementaria sobre el dictamen de contrario

La sentencia comentada alude al sistema mixto o dual de prueba pericial, según el cual el legislador ha sustituido un decimonónico sistema de prueba única, judicial e intraprocesal, por un sistema de pericia dual, en el que coexisten los dictámenes elaborados unilateralmente y al margen del proceso por los peritos designados por las partes y la práctica de la prueba pericial dentro del proceso por un perito sometido a recusación y designado por las partes.

En el caso de los dictámenes elaborados a instancia de parte, precisa la sentencia comentada, que deben aportarse con la demanda y la contestación a la demanda, y la única excepción a esta regla general es la denominada «entrega aplazada» (arts. 265.1.4.º, 336.1 y 337.1 LEC). Conviene precisar este concepto. Son los dictámenes que no pueden entregarse con la demanda y la contestación a la demandada. En este caso, el legislador impone una doble exigencia: 1.ª) La carga de la alegación de su no aportación inicial: en efecto, el actor y el demandado deben alegar en la demanda o en la contestación a la demanda el hecho por el que no aportan el dictamen. Alegación que no solo debe ser formal, sino que debe incluir una mínima justificación. En efecto, el art. 336 LEC sienta la regla general de aportación inicial del dictamen pericial con los escritos de alegaciones, «estableciendo la propia norma una presunción de aportación», la cual podrá ser desvirtuada «cuando el proponente justifique cumplidamente que no ha podido demorar la interposición de la demanda hasta la obtención del dictamen» [SAP Ourense de 31 de marzo de 2003 (6)]; 2.ª) El límite temporal de aportación: estos dictámenes «aplazados» deben ser entregados en cuanto las partes dispongan de ellos, esto es, lo antes posible y, en todo caso, antes de iniciarse la audiencia previa en el juicio ordinario o la vista en el juicio verbal. La fijación de este momento preclusivo final tiene por finalidad que se puedan estudiar por la parte contraria y so-

meter a la amplia contradicción que permite el art. 347 LEC.

No existe en la regulación de la prueba pericial derecho a una «pericial complementaria sobre el dictamen de contrario». Ello significa: a) La LEC prevé un sistema de pericia y contra pericia; b) La LEC permite aportación de pericial si una parte formula alegaciones complementarias y permite aportación de pericial a causa de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda (art. 265.3 LEC); c) Lo que no permite es pericial complementaria sobre el dictamen de contrario, precisamente por el «juego» de pericia y contrapericia iniciales, ya descrito.

3. La incomunicación de los testigos como garantía para la práctica del interrogatorio de testigos

Con antecedentes en el art. 646 LEC 1881 y en términos parecidos el art. 366.2 LEC: «Los testigos no se comunicarán entre sí ni podrán asistir unos a las declaraciones de los otros». Con respecto a esta previsión legislativa la sentencia comentada introduce aportaciones relevantes en orden a su fundamento, su práctica y la sanción de su infracción.

Su fundamento radica, en palabras de la sentencia comentada, en «evitar que la fuerza de la convicción de las declaraciones espontáneas se vea turbada por la influencia de declaraciones ajenas». El legislador, por tanto, pretende que la declaración de cada testigo sea lo más libre y espontánea posible, y ante la experiencia práctica de la existencia de testigos influenciados o sugestionables, intenta preservar la integridad de una declaración «no contaminada» por la previa declaración de otros testigos o de las propias partes. Y, aun cuando el tenor literal del art. 366.2 LEC, parece circunscribir la incomunicación a las declaraciones entre testigos, no existe inconveniente —como hace la sentencia comentada— en extender a la incomunicación a las declaraciones entre testigos y partes, pues existe identidad de razón (7).

No se precisa la fórmula para mantener la incomunicación, pues en orden a su práctica el art. 366.2.II LEC se limita a señalar que «a este fin, se adoptarán las medidas que sean necesarias», alusión genérica y abierta a unas innominadas medidas de incomunicación. En la práctica forense, y para evitar la comunicación, lo usual es adoptar una doble prevención, por una parte, y al inicio del acto del juicio o de la vista la advertencia por el juez que si hubiere algún testigo presente en la sala debe abandonarla hasta que sea llamado a declarar, y por otra parte, el llamamiento sucesivo —normalmente por el orden interesado por la parte proponente— de los testigos que esperan en el exterior de la Sala de vistas. A diferencia del art. 646 LEC



1881 en que las medidas de incomunicación de testigos exigían la instancia de parte —«si alguna de las partes lo solicitare»— la dicción del art. 366.2.II LEC y la utilización de la forma impersonal «se adoptarán las medidas necesarias» permite razonablemente sostener que estas medidas pueden adoptarse de oficio, sin previa petición de las partes, y dentro de las facultades directivas del juez en la práctica del interrogatorio de testigos.

La infracción de esta norma legal no se sanciona con la nulidad de la prueba y la ineficacia de la declaración de testigos. Se argumenta que el art. 366.1 LEC no inhabilita a quien mantuvo comunicación con otro testigo o parte y que la nulidad sería una sanción desproporcionada en relación con la infracción cometida. La sentencia opta por conceder eficacia probatoria a la declaración del testigo que ha presenciado la declaración de otros testigos o de las partes y su valoración conforme a las reglas de la sana crítica. Es sabido que la valoración de las declaraciones de los testigos debe efectuarse conforme a las reglas de la sana crítica, que aparecen modalizadas por tres factores: a) la razón de ciencia que hubiera dado el testigo; b) las circunstancias que concurren en los testigos, y c) los resultados de las pruebas que sobre éstas se hubieran practicado (art. 376 LEC). El hecho que un testigo haya presenciado, con infracción del deber de incomunicación la declaración de otro testigo o de una parte, puede estimarse como una «circunstancia concurrente» en la declaración a ponderar por el juez. Como se ha razonado acertadamente, el art. 366.2 LEC contiene una norma cautelar y prohibitiva, no constituyendo —la incomunicación— condición absoluta de la validez de la prueba testifical (8).

4. La relación entre la institución de la carga de la prueba y el principio de la elasticidad de la prueba

Afirma la sentencia que la institución de la carga de la prueba solo entra en juego cuando se trata de adjudicar los «efectos negativos de la falta de la prueba de un hecho». Por ello lo primero que deberá advertir el juzgador es si un hecho ha sido probado, conforme a los principios de libre apreciación y elasticidad de la prueba.

Debemos, por tanto, preguntarnos por la relación entre la institución de la carga de la prueba y el principio de elasticidad de la prueba, así como el alcance de este último.

La carga de la prueba, como es sabido, es una regla de juicio para el juez —que le indica cómo debe resolver en supuestos de insuficiencia de prueba— y una norma de conducta para las partes —que les indica cómo deben orientar su estrategia probatoria y los hechos cuya práctica les interesa— (9). Como norma de juicio, la carga de la prueba entrará en juego una vez practicadas las pruebas y al tiempo de dictar sentencia, cuando permanezcan hechos dudosos (art. 217.1 LEC). Esto es, para que entre en juego la carga de la prueba es necesaria la inexistencia de actividad probatoria o que, habiéndose practicado actividad probatoria, la misma no haya producido la convicción judicial. Y la norma de la carga de la prueba determinará cuál de las partes debe sufrir las consecuencias desfavorables por la falta de prueba de un hecho.

El llamado «principio o coeficiente de elasticidad de la prueba» debe relacionarse con el tema de la dosis de la prueba. De la sentencia comentada —y otras parecidas [p. ej., STS 30 de mayo de 2011 (10)]— se desprenden las

siguientes consideraciones: a) Que no existe una dosis de prueba tasada, sino que varía en función de las circunstancias de cada caso; b) Que la dosis de prueba debe medirse conforme al coeficiente de elasticidad de la prueba; c) Que la dosis de prueba que genera la convicción judicial puede proceder de cualquier medio de prueba e incluso de las presunciones, y d) Que la determinación de la dosis de prueba es función soberana de los tribunales que conocen en instancia —primera y apelación—.

El «coeficiente de elasticidad de la prueba» es un concepto de creación jurisprudencial que actúa como parámetro configurador de la dosis de prueba desde una triple perspectiva. En el plano ontológico, para sentar que la dosis de prueba no es tasada o está predeterminada en abstracto, sino que es circunstancial y relativa (dependiendo de la materia objeto de enjuiciamiento) y aun subjetiva (dependiendo del juzgador). En el plazo cuantitativo, para sentar que la dosis de prueba es independiente del número de pruebas practicadas, pudiendo desprenderse la convicción del juez por la valoración conjunta y contrastada de varios medios de prueba o simplemente a partir de un solo medio de prueba con entidad suficiente, sea éste de valoración tasada o libre. Y en el plano cualitativo, para afirmar que la convicción judicial puede desprenderse no solo de los medios de prueba, sino también de las presunciones.

III. TITULACIÓN NECESARIA PARA EMITIR EL DICTAMEN PERICIAL

Comentario a la SAP Ourense, Secc. 2.ª, de 30 de septiembre de 2003, Ponente: D. Fernando Alañón Olmedo

Como antecedentes necesarios para nuestro comentario partimos de los siguientes: 1) Se interpone demanda de juicio ordinario solicitando de una Comunidad de Propietarios la reparación de paredes y techos del dormitorio de una vivienda en la localidad de Ourense por filtración de humedades; 2) El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de los de Ourense dicta sentencia en fecha 18 de noviembre de 2002 condenando a la Comunidad de Propietarios demandada a efectuar las reparaciones para reponer las paredes a su estado anterior sin que dicha reparación puede superar la cantidad de 1.742,94 euros; 3) Interpuesto recurso de apelación por la Comunidad de Propietarios demandada se alegó, entre otros motivos, el error en la valoración de la prueba porque el perito de la parte actora no reunía la condición necesaria para emitir el dictamen pericial acompañado por la demanda; 4) La prueba pericial había sido decisiva para la estimación de la demanda en la primera instancia y había sido emitida por un «perito tasador de seguros,

titulado en incendios y riesgos diversos y en vehículos automóviles»; 5) La Audiencia Provincial de Ourense en fecha 30 de septiembre de 2003 dicta sentencia estimando el recurso de apelación y absolviendo la Comunidad de Propietarios demandada por no estimar acreditada la existencia de filtraciones por humedades.

La sentencia comentada plantea de modo incidental un tema que se suscita con relativa frecuencia en los Juzgados cuál es el relativo a la titulación necesaria para emitir el dictamen pericial, lo que regula el art. 340 LEC bajo la rúbrica «condiciones de perito». En el caso, se trata de emitir un dictamen sobre unas filtraciones por humedades y la parte actora acompaña un dictamen por un «perito tasador de seguros, titulado en incendios y riesgos diversos y en vehículos automóviles». Ello nos plantea las siguientes cuestiones: 1) ¿Cuál es el sistema de titulación que exige la LEC para emitir un dictamen pericial?; 2) ¿Qué consideración tiene el documento aportado como dictamen pericial en el que el perito no reúne la titulación oficial adecuada?; 3) ¿Qué efectos probatorios despliega el informe por perito sin titulación oficial idónea?

1. Titulación necesaria para desempeñar el cargo de perito

De manera similar al art. 616 LEC 1881 y al art. 490.I del Proyecto de Profesores de 1974, el art. 340.1 LEC dispone: «Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias». Y en los apartados segundo y tercero del mismo art. 340 LEC se contiene una referencia a la pericia corporativa, objeto de estudio en otro epígrafe. De la regulación legal destacamos los caracteres siguientes:

En primer lugar, se opta por el criterio de «competencia» profesional, entendido, en sentido amplio, por la posesión por parte del perito de unos conocimientos particulares sobre una rama del saber. Exigencia lógica e inherente a la naturaleza y esencia de la figura del perito, en cuanto persona ajena al proceso y poseedora de unos conocimientos especializados en materias científicas, artísticas, técnicas o prácticas.

En segundo lugar, se consagra una dualidad de peritos, el «perito titulado» y el «perito entendido» (o no titulado), en función que la materia objeto del dictamen pueda, o no, encuadrarse en una titulación oficial. El conocimiento especializado del perito vendrá unas veces amparado en una titulación oficial y otras veces en la atribución de la condición

de entendido al perito. Se reconoce por parte del legislador que, dada la diversidad de materias que pueden ser objeto de un dictamen pericial, es preferible no circunscribir la condición de perito a aquellas materias refrendadas por una titulación oficial.

En tercer lugar, y de manera implícita, se establece la preferencia del «perito titulado» sobre el «perito no titulado» y así puede deducirse de la yuxtaposición de las proposiciones primera y segunda del art. 340 LEC. Solo podrá admitirse el «perito entendido» o «no titulado» en aquellos supuestos en que la materia objeto del dictamen no venga amparada por una titulación oficial. Si existe un título oficial el perito deberá estar en posesión del mismo (11).

En cuarto lugar, no se distingue en cuanto a la titulación entre el perito designado a instancia de parte y el perito de designación judicial. Puede ser perito titulado o no titulado tanto el escogido por las partes y que emite un dictamen a instancia suya, como el perito designado judicialmente (12). Existe, por el contrario, una especialidad en cuanto al procedimiento para la designación judicial de perito, puesto que si es titulado se designa a partir de una lista recabada anualmente de los Colegios Profesionales (art. 341.1 LEC) y si es no titulado la lista se recaba de sindicatos, asociaciones y «entidades apropiadas» y deberá estar integrada por un mínimo de cinco peritos, salvo que por la singularidad de la materia se dispusiera de una sola persona entendida o práctica (art. 341.2 LEC).

En el caso comentado, se trataba de valorar la existencia de unas filtraciones por humedades a efectos de solicitar su reparación y la parte actora aporta un dictamen suscrito por un perito tasador de seguros. Se trata de un perito titulado, pero de un perito con una titularidad inidónea para el objeto del dictamen porque —como se indica en la sentencia comentada— sus competencias «se circunscriben al ámbito del contrato de seguro y dentro del mismo», y porque el dictamen sobre «las deficiencias que puede presentar la construcción de un edificio no es materia propia del perito tasador de seguros» (FJ 4.º). Recordemos que se trata de un perito designado por la parte actora y que aporta un dictamen sobre el que se apoya la pretensión demandante. La parte actora ha encargado el dictamen sobre la causa de las filtraciones a un perito de su elección y ha escogido la categoría profesional del perito, sin que se trate, por tanto, de un perito de designación judicial, ni que haya existido ningún error por parte del Juzgado en la elección del perito que debía emitir el dictamen al ser perito designado por la parte actora. Sucede, además, que al ser un dictamen aportado por la parte actora, el mismo se acompaña, como es preceptivo,

con la demanda (arts. 265.1.4.º y 336.1 LEC) no existiendo prácticamente un control sobre la admisibilidad del dictamen, ni sobre, en este caso particular, la inidoneidad de la titulación del perito.

2. Valoración del informe pericial en el que el perito no reúne la titulación idónea

Se plantea ahora la cuestión de si el informe pericial emitido por un perito que no reúne la condición idónea de perito puede ser considerado como dictamen pericial. La sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense resulta categórica en este extremo y despoja al informe pericial de su condición de dictamen pericial «al no tener quien lo suscribió título oficial para ello» (FJ 4.º). Por tanto, ello permite afirmar que la titulación oficial —cuando la rama del saber esté amparada por un título oficial— deviene requisito constitutivo del dictamen pericial. En efecto, el dictamen sobre la causa de unas filtraciones puede ser emitido por un Arquitecto o por un Arquitecto técnico, pero no por un perito tasador,

cuyo ámbito de competencia se reduce al contrato de seguro. La inidoneidad de la titulación oficial del perito comporta que el informe pericial no pueda ser considerado como dictamen pericial.

3. Eficacia probatoria del informe emitido por perito sin titulación oficial idónea

En el caso, y como queda expuesto, nos encontramos ante un perito que dispone de una titulación oficial —la de perito tasador de seguros, titulado en incendios y riesgos diversos y en vehículos automóviles—, pero de una titulación inidónea para el encargo sometido a su consideración —existencia y efectos de unas filtraciones en una vivienda en una Comunidad de Propietarios—. Recordemos que, aun cuando la LEC admite el dictamen de peritos por perito titulado y perito no titulado, sienta —si se quiere implícitamente— la preferencia del dictamen por perito titulado, de manera que solo se podrá acudir a la pericia por perito no titulado cuando el saber no esté amparado por una titulación oficial.

La solución ofrecida por la Audiencia Provincial, negada la consideración de dictamen pericial, consiste en considerar que el informe pericial tiene la consideración de documento y que la declaración de su autor pueda ser considerada como prueba testifical. De ahí que llega a la conclusión que un cosa sea la admisibilidad de un informe que se presenta como «dictamen de peritos» y otra distinta la de su eficacia probatoria.

Nos parece una solución acertada, pero aquí surge una ulterior cuestión, no planteada en sentencia comentada. La consideración del informe pericial como prueba documental y la declaración de su autor como prueba testifical se declaran, por vez primera, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense —en trámite de apelación—, y es posible que en la primera instancia se haya solicitado la «contradicción» del autor del dictamen pericial conforme al trámite del art. 347 LEC. Probablemente, y dado que la contradicción se ha practicado en la primera instancia y en presencia judicial, es la única solución razonable. ■

NOTAS

(1) RIFA SOLER, J. M.ª, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Ed. Atelier, Barcelona, 2000, pág. 1574.

(2) MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil* L.E.C. 1/2000, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pág. 333.

(3) ILLESCAS RUS, A. V., *Enjuiciamiento Civil*, t. II, Xiol Ríos, J. A. (coord.), Ed Sepin, Madrid, 2008, pág. 2115.

(4) STC, Sala 2.ª, de 10 de abril de 1985, FJ 9.º (LA LEY 77/1985-3).

(5) PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J. M. Bosch, 1996, págs. 42 a 115.

(6) SAP Ourense, Secc. 2.ª, de 31 de marzo de 2003, FJ 3.º.

(7) CHOZAS ALONSO, J. M., *La prueba del interrogatorio de testigos en el proceso civil*, Ed. LA LEY, Madrid, 2001, pág. 93.

(8) VELÁZQUEZ VIOQUE, D., «Incomunicación de testigos», en *El interrogatorio de testigos*, J. M. Bosch, 2008, págs. 331 a 334.

(9) DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General de la Prueba Judicial*, t. I, 6.ª ed., Ed. Temis, 2012, pág. 420.

(10) STS, Sala 1.ª, de 30 de mayo de 2011, FJ 3.º.

(11) En sentido contrario, PICO I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español*, ob. cit., pág. 56, para quien la LEC no obliga a que

los conocimientos del perito de parte vengan refrendados por título oficial, bastando que «posean los conocimientos correspondientes» (art. 335.1 LEC). En la misma línea de razonamiento la SAP Madrid, Secc. 19, de 27 de septiembre de 2010, FJ 7.º precisa que para los dictámenes de parte (en el caso, se trataba de Arquitectos) «no se les está imponiendo que presenten informe suscrito por una u otra clase de técnico».

(12) En sentido contrario, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Aranzadi, 2001, pág. 1169, para quien «el control "a priori" de la titulación exigida al perito no resulta compatible con la aportación al proceso de dictámenes emitidos fuera del mismo».



Wolters Kluwer



Este es el fruto de la **ALIANZA** entre dos grandes Editoriales, para proveerle a Usted con el mayor fondo editorial jurídico

PROCESOS ESPECIALES DISPOSITIVOS POR RAZÓN DE LA MATERIA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Coordinadores: Julio Picatoste Bobillo
y José Luis Seoane Spiegelberg

AHORA

descuento

5%

- LOS PROCESOS DECLARATIVOS CON ESPECIALIDADES
- JUICIO MONITORIO • JUICIO CAMBIARIO
- PROCESOS TRANSFRONTERIZOS



NUEVO

PVP: ~~198 €~~ + IVA

Precio con descuento
180,50 € + IVA

ADQUIERA SU EJEMPLAR.

902 250 500
<http://tienda.laley.es>



Preguntas con respuesta

La prueba a consulta

LA LEY 3544/2013

Preguntas con respuesta: la prueba a consulta

Esta sección está destinada a consulta de los lectores, a cuyo efecto invitamos a nuestros lectores a formular aquellas consultas relacionadas con la probática o el derecho probatorio que estimen conveniente.

Las respuestas a las consultas de los lectores se coordinan entre el Instituto de Probática, a través del Director de esta publicación Dr. Frederic Munné Catarina y la Sección de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Barcelona, a través de su Secretario Dr. Vicente Pérez Daudí, quien además es profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona.

La primera cuestión analiza la posibilidad de la práctica conjunta de toda la pericial admitida en juicio, en aras a lograr la verdad material. La segunda sostiene que las respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades es un mecanismo procesal que se asemeja más a la finalidad que persiguen las diligencias preliminares, de recaudación de información relevante para ser traída al proceso.

I. ¿ES POSIBLE QUE SE PRACTIQUE CONJUNTAMENTE TODA LA PRUEBA PERICIAL ADMITIDA EN EL JUICIO?

Olga ROVIRA TORRES

Abogada ICAB

Conforme preceptúa el art. 335.1 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), es importante recordar, a modo de introducción, que cuando en un pleito sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes pueden aportar al proceso el dictamen de peritos que posean esos conocimientos, o solicitar que se emita dictamen por perito designado por el tribunal. Aunque ninguna de las partes tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, tanto el demandante como el demandado pueden solicitar que se proceda a su designación judicial, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En caso de solicitarse judicialmente, resulta imprescindible que se indique con la máxima concreción posible la especialidad que ha de ostentar el perito que debe efectuar la pericia, puesto que lo contrario comportará ser requeridos a tales efectos, con la consiguiente demora que ello supone. Resulta asimismo conveniente aclarar que, aunque se trate de una pericial judicial, muchas veces aconsejable por el plus de imparcialidad que suele suponer, ello no obsta a que cualquiera de los abogados o procuradores de las partes pueda contactar con el perito designado

por el Tribunal, e incluso trasladarle su predisposición a colaborar en aquello que necesite, como puede ser, por ejemplo, el ofrecerse a acompañarle al lugar que debe reconocer para elaborar el oportuno dictamen. Cosa distinta es la posibilidad de que las partes y/o sus defensores puedan estar presentes en las operaciones periciales relacionadas en el art. 345.1 LEC, lo cual debe solicitarse al Tribunal, quien en principio resolverá en el sentido de acceder a ello, siempre que con ello no se impida o estorbe la labor del perito y se pueda garantizar el acierto e imparcialidad del dictamen.

En cuanto a la temática que propiamente nos ocupa, y partiendo de la base de la diferente orientación proporcionada por la nueva LEC 2000, en relación a la prueba pericial contradictoria, respecto de la anterior ley rituaria (1881) (1), si bien es cierto que la Ley Procesal Civil, en la regulación que efectúa del dictamen de peritos, en sus arts. 335 a 352 LEC, no hace mención expresa a la posibilidad de que los distintos peritos intervinientes en un mismo procedimiento, ya sean de parte o designados judicialmente, puedan actuar conjuntamente en el juicio o en la vista, no es menos cierto que tampoco lo prohíbe. Ante esta ausencia de prohibición, en la práctica judicial, en ocasiones, esta actuación conjunta es acordada de oficio por el propio juzgador, pero tampoco nada impide que cualquiera de las partes lo soliciten, siendo aconsejable que al hacerlo expongan los motivos que les mueven a ello, con base al art. 347.1 LEC, según el cual, los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita, pudiendo denegar sólo las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles.

Esta forma de proceder puede aportar ventajas significativas en aras a lograr la verdad material, puesto que, conjuntamente, bajo la atenta mirada del resto de peritos presentes, el deponente en cada turno de palabra, a buen seguro se sentirá más comedido a la hora de efectuar según qué afirmaciones o alegaciones. Sin embargo, también ha sido objeto de crítica (2), al considerarse que cuando un perito concurre en el acto de juicio con otros de forma conjunta, el debate puede convertirse en una reafirmación intransigente de la postura pericial de cada experto, los cuales entrarán en réplicas y contra réplicas utilizando un lenguaje técnico complejo que en nada ayudará a esclarecer el tema debatido, sino a crear mayor confusión.

En sede del juicio ordinario la forma de proceder de algunos juzgadores que abogan por esta fórmula, es proceder en la fase de la audiencia previa a preguntar a los abogados de las partes, que hayan propuesto las respectivas pruebas periciales, y les hayan sido admitidas, si muestran su conformidad a que depongan conjuntamente los peritos, y en caso de respuesta afirmativa, les comunican que unos minutos antes de empezar el juicio, serán llamados para acabar de concretar entre el jugador y los letrados, la mecánica a seguir, puesto que existen diversas posibilidades. La más habitual, si bien ello suele depender de la materia objeto de enjuiciamiento, es que sea el Magistrado quien dirija el debate entre los distintos peritos, una vez cada uno de ellos haya expuesto sus conclusiones, y luego dé la palabra a los abogados de las partes para que concreten y les pregunten sobre los hechos controvertidos objeto de las pericias.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de que un testigo-perito (art. 370.4 LEC) intervenga en la práctica conjunta de la prueba pericial, se considera que existen varios argumentos que no lo permitirían. En primer lugar, el hecho de que la Ley procesal no lo regule expresamente, a diferencia de lo que sucede con la concurrencia del reconocimiento judicial con la prueba por testigos (art. 357 LEC), y el posible careo entre testigos y entre estos y las partes (art. 373 LEC). En segundo lugar, lo preceptuado por el art. 366 LEC, el cual ordena que los testigos declaren separada y sucesivamente, si bien se podría objetar en este caso, que la mencionada previsión lo es solo en relación a otros testigos; y en tercer lugar, porque como testigo que es puede quedar liberado de responder si tiene el deber de guardar secreto

(art. 371 LEC), aunque en este caso también podría hallarse el perito sometido al deber de confidencialidad derivado de su intervención en un procedimiento de mediación anterior entre las partes (3).

II. LA SOLICITUD DE RESPUESTAS ESCRITAS A CARGO DE PERSONAS JURÍDICAS Y ENTIDADES PÚBLICAS PREVISTA EN EL ART. 381 DE LA LEC EN EL JUICIO VERBAL, ¿PRUEBA ANTICIPADA O DILIGENCIAS PRELIMINARES?

Helen PINO VERA

Abogada

1. Introducción

El art. 381 LEC nos permite solicitar a las personas jurídicas o entidades públicas, respuestas escritas sobre información que sea relevante y pertinente para el proceso y que sea de imposible acceso para la parte solicitante, a través de requerimiento efectuado por el tribunal.

Algunos Juzgados son del criterio de declarar la inadmisión de dicha solicitud, por considerar que no encuadra dentro de los supuestos de prueba anticipada previstos en el art. 293 LEC y otros, confundiéndola con un medio de prueba, declaran su impertinencia en cuanto a la oportunidad procesal para su proposición. Lo cierto es que la solicitud de respuestas escritas a terceras personas se asemeja más a una Diligencia Preliminar, dirigida a facilitar la incorporación de hechos relevantes para dirimir la controversia.

2. Diferencias entre la prueba anticipada regulada en el artículo 293 de la LEC y las respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas del artículo 381 de la LEC

La principal diferencia entre la prueba anticipada y las respuestas escritas del art. 381 LEC, es que la primera tiene como propósito adelantar la realización de la prueba, y la segunda tiene como finalidad obtener información para traerla como prueba al proceso.

La prueba anticipada es, simplemente, una medida de aseguramiento de información relevante para el proceso, información susceptible de desaparecer, se practica sobre aquellas cosas o personas, que por su estado se teme dejen de existir y que en consecuencia, el acto de la prueba no pueda practicarse en el momento procesal previsto. Las respuestas escritas del art. 381 LEC, no son un medio de prueba, son diligencias dirigidas a obtener información que por ser de difícil o imposible acceso para la parte que desea traerla al proceso, ésta ha de solicitar la intervención del tribunal para su obtención. Este mecanismo resulta útil para obtener información obrante en entidades bancarias, en la Administración Pública o bien en Personas Jurídicas.

En la solicitud de respuestas escritas del art. 381 LEC, el riesgo de desaparición de la prueba es inexistente, su razón de ser radica en la dificultad de acceso a la información que se quiere traer al proceso; y es precisamente la inexistencia de dicho riesgo la que determina que, en las respuestas escritas, no sea necesario un razonamiento concienzudo para fundamentar su solicitud, la ley simplemente exige se delimite concretamente las preguntas que van a ser objeto de formulación, a diferencia de la Prueba Anticipada que sí requiere una fundamentación extensa y razonada.

La prueba anticipada y las respuestas escritas, también se diferencian en el tiempo y forma de proposición, así, mientras en la prueba anticipada no es necesaria la existencia de un procedimiento previo, en la solicitud de respuestas escritas, no solo es necesaria la existencia de procedimiento previo, sino que esta solicitud debe efectuarse dentro del plazo previsto en el párrafo 3 *in fine* del art. 440.1 LEC,

esto es dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación del señalamiento, con efectos preclusivos.

Sin embargo, aunque ambos mecanismos procesales, tienen marcadas diferencias, este distanciamiento no es tan nítido en la práctica, ya que, muchos jueces confunden la solicitud de respuestas escritas con la solicitud de prueba anticipada. Así lo consideró el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Málaga, Autos 95/2013, cuando en Providencia de fecha 5 de marzo de 2013, denegó la solicitud de respuesta escrita formulada por una parte a una Persona Jurídica, por considerar que no se daban los requisitos previstos para la prueba anticipada del art. 293 LEC.

Por otra parte, también hay confusión en los Juzgados respecto a la posibilidad de acceso a la información requerida, muchos Jueces asocian erróneamente la carga de la prueba con la posibilidad de obtenerla, es así como el Juzgado de Primera Instancia de Telde, en Providencia de fecha 8 de mayo de 2013, niega la solicitud de respuesta escrita formulada por una parte a una entidad bancaria, por entender que la parte solicitante puede obtener dicha información a través de los medios que tenga a su disposición, como si la protección de datos bancarios fuera un tema baladí y susceptible de ser vulnerado por la parte a la que interesa la información requerida.

La solicitud de respuestas escritas es el mecanismo idóneo para acreditar hechos que se escapan del alcance de la parte, y así lo entiende la Secc. 14 de la AP de Madrid, Rec. 926/2011, cuando se pronuncia en su Sentencia de fecha 30 de marzo de 2012, y alega: «(...) en fase de prueba y a través del mecanismo del art. 381 LEC, el contratista principal podrá poner de manifiesto las irregularidades de ejecución, la escasa entidad y cuantía del crédito, o la inexistencia de crédito de los demandantes (...)». A diferencia de la prueba anticipada, que constituye una prueba en sí, practicada con antelación al momento procesal previsto, ante la inminencia de su desaparición.

3. La solicitud de respuestas escritas en el juicio verbal

En el juicio verbal, la actividad del demandado comienza en la vista, que es para él marco inicial y final del proceso, advertido de acudir al mismo con los medios de prueba de que intente valerse, por lo que, en este tipo de procedimientos, la solicitud de respuestas escritas, es un mecanismo procesal idóneo para traer información a los autos que luego podrá ser propuesta como prueba en el acto de la vista verbal.

Lo mismo sucede respecto al demandante, quien dispone de una herramienta para traer al acto de la vista, toda aquella información de la que no tenía acceso para el momento de interposición de la demanda.

Ahora bien, sucede en la práctica que las respuestas escritas, no siempre llegan antes de la celebración de la vista, forzando al Juez, ante la posible indefensión de la parte solicitante, a la suspensión de la vista verbal, y condicionando la fecha del nuevo señalamiento a la recepción de dicha respuesta, dilatando en el tiempo el proceso.

También se presenta en la práctica el problema de que las respuestas sean negativas; al respecto, establece la Ley de Enjuiciamiento Civil una solución y la misma consiste en la posibilidad de solicitar que sean citadas a la vista, la persona o las personas físicas cuyo testimonio pueda resultar pertinente y útil para aclarar o completar, si fuere oscura o incompleta, la declaración de la persona jurídica o entidad.

En este sentido se pronuncia la Secc. 20 de la AP de Madrid en su sentencia de fecha 20 de diciembre de 2011, Rec. 590/2011:

«(...) Sentado lo anterior, hemos de resolver la solicitud de prueba testifical, propuesta por informe de la entidad EUROPEA DE

SEGUROS; dicha prueba fue admitida en primera instancia y no se practicó por no haberla cumplimentado la entidad que debiera haberla prestado, causa no imputable a quien la propuso, que a su vez la reiteró como diligencia final y que fue nuevamente acordada por la Juzgadora de primera instancia, con igual resultado negativo; concurren, por tanto, los requisitos establecidos en el artículo 460. 2.º de la LEC, por lo que procede recibir el procedimiento a prueba en esta alzada y acordar su práctica, para lo cual deberá remitirse oficio en los términos en que se admitió dicha prueba en el acto de la Audiencia previa, debiendo versar la misma sobre los extremos que se reflejan en el folio 150 de las actuaciones. Dada la actitud de la entidad a la que se solicita información, en el oficio de remisión, deberá requerirse a la misma, en los términos que señala el artículo 381.2 párrafo segundo de la LEC, a fin de que preste las declaraciones interesadas en el plazo de 20 días, bajo apercibimiento de multa de 600 euros y de proceder, contra quien resultare personalmente responsable de la omisión, por desobediencia a la autoridad (...).

Es decir, que ante la negativa u omisión por parte de la entidad a la que se le solicita información, tenemos la posibilidad alternativa de solicitar de conformidad con el art. 381.3 LEC, que acuda a juicio a declarar en calidad de testigo, la persona física cuyo testimonio pueda resultar pertinente para aclarar la cuestión controvertida.

4. Conclusión

La solicitud de respuestas escritas a personas jurídicas y entidades, es un mecanismo procesal que se asemeja más a la finalidad que persiguen las Diligencias Preliminares, de recaudación de información relevante para ser traída al proceso mediante los medios de prueba adecuados, que a la prueba anticipada, que siendo una prueba en sí, fundamenta su razón de ser en la existencia de un peligro inminente de desaparición de la información que deseamos incorporar al proceso. ■

NOTAS

(1) RODRIGO DE LARRUCEA, Carmen, «La contradicción en el dictamen pericial: tratamiento conceptual de "la sana crítica" y efectos prácticos», Diario LA LEY, núm. 7494, Sección Práctica Forense, 22 Oct. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.

(2) ORELLANA DE CASTRO, Juan Francisco, «Estrategias del perito en el acto del juicio oral», Diario LA LEY, núm. 7730, Sección Práctica Forense, 7 Nov. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY.

(3) Número 3 del art. 335 LEC introducido en su actual redacción por el apartado siete de la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles («BOE» 7 julio). Vigencia: 27 julio 2012.

Párrafo segundo del apartado 1 del art. 347 LEC redactado por el apartado ocho de la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles («BOE» 7 julio). Vigencia: 27 julio 2012.

**PLAN
PARA LA
FORMACIÓN
CONTINUA
DE LA
ABOGACÍA**

ESTAR AL DÍA ES IMPRESCINDIBLE,
ESTAR AL DÍA ES FÁCIL.





En colaboración con



CURSO

Especialista en Mediación

Duración: 114 horas

Método: Semipresencial

Precio: 800 €

Abierta **3.ª convocatoria**
septiembre 2013

Este curso te habilitará para ejercer como mediador en todo el territorio nacional

Más información en:

902 099 801

www.wkformacion.es

www.abogacia.es

inscríbete ya...



@WKformacion
@Abogacia_es
#formacionabogacia



rincón DELECTURA

LA LEY 3186/2013

Estándares de prueba y prueba científica

Autor: Carmen VÁZQUEZ

Edita: Marcial Pons, 2013, 238 páginas



Este libro es fruto de un taller, con el mismo título, organizado por el grupo de investigación de filosofía del derecho de la Universitat de Girona. En él se reunieron algunos de los mejores especialistas internacionales para analizar, desde la perspectiva de la denominada «epistemología jurídica», los problemas probatorios que giran en torno de los estándares de prueba y la prueba pericial-científica. Ahora se recogen aquí ensayos fundamentales en esa área, producto de los debates mantenidos en el encuentro de Girona. El hilo conductor de todos ellos es la pretensión de someter a criterios racionales la práctica y valoración de la prueba en el proceso judicial.

¿Qué son los estándares de prueba? Además de responder a esta importante cuestión, escasamente abordada en nuestra tradición jurídica, se discuten también otros temas relacionados e incluso dependientes del grado de prueba requerido en un proceso judicial: la valoración de los elementos de prueba, las cargas de prueba y la presunción de inocencia o la graduación de las penas en materia penal.

El segundo gran tema gira en torno a los problemas que afronta el juzgador de los hechos para valorar una de las pruebas actualmente en boga: la pericial-científica. Contexto en el que es referencia indispensable un caso, hito en el tratamiento judicial de este tipo de elementos, *Daubert v. Merrel Dow*. Por supuesto, tal como los propios autores sostienen, habrá que considerar las especificidades del contexto procesal en cuestión y la necesidad de tener más información empírica sobre este tipo de conocimientos. ■



rincón DELECTURA

LA LEY 3187/2013

La duda en el proceso penal

Autor: Jordi NIEVA FENOLL

Edita: Marcial Pons, 2013, 177 páginas



In dubio pro reo. Es preferible absolver a «x» culpables que condenar a un inocente. Condena sólo más allá de toda duda razonable.

Todas esas máximas, y algunas otras análogas, han querido orientar los juicios penales desde hace muchos siglos. Y pese a la reiteración y consolidación de dichas máximas, la sociedad sigue padeciendo sistemáticamente una paranoica sensación de sospecha generalizada.

La presunción de inocencia debe ser el fundamento principal de todo proceso penal. Pero aun partiendo de esa irritable y humana conclusión, el juez no puede contentarse con emitir su juicio basándose simplemente en este simple hecho: sentir una duda en una medida que subjetivamente le parezca relevante. Actualmente es de esperar del juzgador algo más: que actúa como un científico, con sujeción al método del mismo nombre, observando el resultado empírico de las pruebas y asumiendo la conclusión a la que conduce dicho resultado, sea cual fuere, condenatoria o absolutoria.

La presente obra pretende descubrir no solamente la naturaleza jurídica, sino sobre todo la esencial y auténtica utilidad de la presunción de inocencia: alejar al juez del prejuicio social de culpabilidad durante todas las fases del proceso penal, a fin de conferirle la necesaria imparcialidad. Tras abundar en las causas y tristes consecuencias de dicho prejuicio, se exponen diversas propuestas para arrinconar en la mayor medida posible la existencia de la duda, huyendo de soluciones simplistas, pero intentando facilitar la labor judicial en el enjuiciamiento penal, aproximándola a los parámetros científicos que siempre debiera poseer (texto contraportada). ■



rincón DELECTURA

LA LEY 3188/2013

Confesiones. Declaraciones de Imputados y Acusados. Coimputados, Testigos Imputados y Testigos Condenados

Autor: José Miguel DE LA ROSA CORTINA

Edita: Aranzadi, 2012, 182 páginas



Pese a no gozar de la importancia que se le atribuía en los procesos inquisitivos, la declaración del imputado/acusado sigue teniendo gran incidencia práctica en nuestro proceso penal.

Nuestra centenaria Lecrm. sólo contiene una regulación de la toma de declaración del imputado en fase de instrucción, tan cuidadosa y garantista como frecuentemente incumplida en la práctica.

Por el contrario, existe una llamativa laguna legal en el tratamiento de la declaración del acusado en la fase de juicio oral, laguna que es caldo de cultivo de numerosos interrogantes. Se echa en falta una regulación sistemática del interrogatorio del sujeto pasivo del proceso penal como una de las pruebas a practicar en el juicio oral.

Incluso algunas de las materias relativas al acusado expresamente reguladas suscitan interesantes debates: los presupuestos de celebración del juicio en ausencia, el ejercicio del derecho a la última palabra y las consecuencias de su omisión o las facultades del Tribunal para interrogar al acusado o acordar su expulsión.

No menos sugerentes son los problemas relativos al tratamiento del acusado en el acto del juicio, su ubicación en la sala de vistas, la posibilidad que los medios de comunicación capten su imagen (texto contraportada). ■



rincón DELECTURA

LA LEY 3189/2013

El abogado frente al interrogatorio policial

Autor: Alfonso SERRANO DE LA CRUZ SÁNCHEZ

Edita: Sepin, 2013, 79 páginas



En esta monografía se abordan las actividades policiales previas al inicio del proceso penal, la fundamentación legal de la práctica del interrogatorio policial, las técnicas del interrogatorio policial, el singular estatus jurídico del sospechoso policial no privado de libertad, y la valoración probatoria de las declaraciones de detenidos y sospechosos en dependencias policiales (fragmento texto introducción). ■

PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez
C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)
Tel.: 91 602 00 08. Ext.: 10233
e-mail: nbascones@laley.wke.es

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@laley.es

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)

Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: diariolaley@laley.es

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: María José Hierro Romero

EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Yolanda Ballesteros García-Asenjo, Gemma Bruno García, Pilar Muñoz Mendo, Sonsoles Navarro Salvador

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY
DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González

EQUIPO DE DESARROLLO: Emérita Cerro Durán, Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Diana Gómez Fernández, Gloria Lalanda Marcos, Julián Maíllo Arnaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Juliá

PREIMPRESIÓN E IMPRESIÓN por Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).