



Práctica Forense
La importancia de la prueba pericial en el sector inmobiliario **8**



Práctica Forense
Probanza del trastorno psicótico breve agudo y transitorio **10**

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

TRIBUNA

LA LEY 933/2014

Algunas cuestiones de derecho probatorio en el arbitraje: limitaciones e iniciativa probatoria arbitral

Pedro MIROSA MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado

El autor analiza los límites a la libertad de procedimiento probatorio en el arbitraje, para profundizar en las comprometidas cuestiones que plantea su aplicación a la iniciativa probatoria arbitral, en especial en lo relativo a su interacción con el principio de justicia rogada y la carga de la prueba, para finalizar con el análisis del momento procesal para el ejercicio de la iniciativa probatoria arbitral, proponiendo su expresa previsión en el calendario arbitral cuando los árbitros lo estimen conveniente.

I. LA LIBERTAD DE PROCEDIMIENTO EN EL ARBITRAJE Y SUS LÍMITES, ESPECIALMENTE EN MATERIA DE PRUEBA

La literatura acerca de lo que debemos denominar *procedimiento arbitral* o bien *aspecto procedimental del arbitraje* no es abundante

y sólo en muy escasos supuestos tiene pretensiones holísticas y sistemáticas. No faltan referencias a la materia en los comentarios extensos (aparecidos con cierta abundancia en la bibliografía española posterior a la Ley 36/1988) y en estudios que abarcan contenidos más amplios, con aportaciones a veces luminosas e incitadoras a la profundización. Pero no creo exagerar si afirmo que, pese a la im-

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
Miryam Al-Fawal
Elisenda Franquesa Caballé

M^a Olga Franquesa Caballé
Carlos de Miranda Vázquez
Pedro Miroso Martínez

Roser Pallerols Vidal
Bernat-N Tiffon
Flor K. Zambrano Franco

sumario

Tribuna

Algunas cuestiones de derecho probatorio en el arbitraje
Pedro MIROSA MARTÍNEZ 1

Práctica Forense

La importancia de la prueba pericial en el sector inmobiliario
M.^a Olga FRANQUESA y Elisenda FRANQUESA 8
Probanza del trastorno psicótico breve agudo y transitorio
Miryam AL-FAWAL y Bernat-N. TIFFON 10

Dossier

Dossier de los tribunales sobre probática
Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ 13
Jurisprudencia sobre Derecho probatorio
Xavier ABEL LLUCH 15

Preguntas con respuesta:

la prueba a consulta

¿Cuál es el valor probatorio de un contrato de compraventa celebrado a través de una red social?
Flor K. ZAMBRANO FRANCO L 20
¿Cómo se acredita la capacidad económica de la parte demandada en el proceso de familia?
Roser PALLEROLS VIDAL 21

Rincón de Lectura 23

portancia práctica (y dogmática) de un buen número de las cuestiones que se plantean, la materia ligada al procedimiento es, desde el punto de vista doctrinal, el pariente pobre en la reflexión científica sobre el arbitraje. Podría aquí arriesgarme a traer a colación, en la inevitable nota a pie de página, un inventario de las excepciones; pero decido sustraerme a este peligroso ejercicio, que expone siempre a olvidos lamentables e inclusiones impertinentes según el juicio de unos u otros. Lugar habrá en las páginas que siguen para hacer referencia a aquellos trabajos que, en los puntos que tratemos, han dejado mayor impresión en el que escribe.

Sólo los hechos afirmados por las partes pueden constituir objeto de prueba, lo que hace descartable toda prueba que no verse sobre hechos alegados por los litigantes

Por lo común, en trance de referirse al procedimiento en el arbitraje, los autores centran sus comentarios alrededor de la potente presencia que en esta materia alcanza la autonomía de la voluntad (la gran línea de fuerza de la institución arbitral). Constituye, así, lugar común la afirmación de que, en orden al diseño del procedimiento y sus reglas, rige en sede de arbitraje el *principio de libre disposición*, en primer término, de las partes y, subsidiariamente, de los árbitros, con la hoy inevitable cita del texto del art. 25 Ley 60/2003, de 23 de diciembre (en adelante LA), según el cual «las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones» y «a falta de acuerdo (de las partes), los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado».

Esto lleva asimismo a afirmar a la común doctrina (en esta síntesis reductora) que, a través de ese espectacular triunfo de la autonomía de la voluntad, que da origen al mismo arbitraje, se logra que las partes no sólo sean las creadoras del mecanismo de resolución del conflicto, sino que «también sean las que eligen, directa o indirectamente, la estructura del proceso arbitral y sus modos de desenvolvimiento», configurando de esta manera «una de las grandes ventajas del arbitraje con relación al proceso judicial, consistente en su mayor informalidad y su flexibilidad» (1).

Sin embargo, como veremos enseguida, la arrebatada exposición transcrita (comparada por muchos, a veces en similar tono propagandístico), que trata de ligar las características del procedimiento con una de las virtudes que exaltarían la utilidad del arbitraje (virtud que se inserta en el núcleo argumental de la defensa de este modo alternativo de resolución de conflictos), sin ser de suyo falaz, oculta las limitaciones a que legalmente se halla sujeta la autonomía de la voluntad de las partes y de los árbitros en punto al establecimiento de las reglas que deben regir el concreto procedimiento arbitral. Ya en 1969, el recientemente llorado Profesor SERRA DOMÍNGUEZ (2), marcaba principios a través de los que pueden identificarse los límites a la autonomía de la voluntad en materia procesal de arbitraje. Y hoy, afortunadamente, no falta quien se haya ocupado de profundizar en ello, como constataremos en su lugar.

Estando el derecho probatorio inscrito en el ámbito del derecho del procedimiento, concluirá enseguida el lector que cuanto acabo de argumentar le es perfectamente aplicable. Si en relación con el procedimiento en general denunciaba más arriba la escasez de atención doctrinal, mucho más hay que decir respecto de las cuestiones relativas al régimen de la prueba, sus medios y su valoración. E insiste aquí también la escasa doctrina en el lugar común del protagonismo de la autonomía de la voluntad que, siendo en último término cierto, arrastra (en lo específico de la prueba) limitaciones, como veremos, mayores aún que aquellas que atañen al diseño del procedimiento en general. Y eso es así por mucho que quiera argumentarse a favor de la libertad con el silencio de la ley (no sólo de la española, también el derecho comparado y la propia ley modelo UNCITRAL).

Aunque es cierto que una importante limitación de la autonomía de la voluntad respecto de la articulación del régimen procedimental provendrá, en el caso del que llamamos *arbitraje institucional*, de la necesaria sumisión a las normas establecidas en el Reglamento de la institución administradora, no es a ésta restricción a la que ahora quiero referirme (3): en último término la aceptación del reglamento y de su contenido tienen su origen en la decisión libre de las partes de encomendar la administración a la institución en cuestión (art. 14.1 LA). Más allá y, propiamente, antes de esto, están las normas de derecho imperativas que, bien expresadas en los textos, bien derivadas de la naturaleza de las instituciones, se imponen a las partes y a los árbitros en punto a la configuración del procedimiento y, en concreto, a la articulación, proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba. Y estas, a mi juicio, son de tal importancia y

amplitud que necesariamente hacen palidecer y comprometen las resueltas y ruidosas afirmaciones (tan ampliamente compartidas) a las que me he referido más arriba. No todo es libertad y flexibilidad en derecho probatorio del arbitraje, ni mucho menos. El ejercicio de la libertad configuradora debe realizarse en el marco de las normas imperativas aplicables, no susceptibles de ser dejadas de lado ni por las partes ni por los árbitros.

Digamos enseguida que, en términos generales, tales limitaciones pueden tener tres orígenes distintos: a) la sumisión a los llamados *principios del procedimiento arbitral* expresados por el art. 24 LA: audiencia, contradicción, igualdad y confidencialidad; b) las derivadas del necesario respeto a *normas legales imperativas expresadas* en el texto de la ley (de la ley de arbitraje u otra ley, siempre que conciernan, naturalmente, al procedimiento arbitral), y c) las que deriven de *la propia naturaleza de la institución procedimental* de que se trate (iniciativa, principios técnicos procesales, admisión, carga, valoración y, sobre todo, medios de prueba).

Es cierto, por tanto, que en materia de diseño del régimen probatorio en el arbitraje constituye regla fundamental la derivada de la voluntad de las partes. Y sólo si no hay este acuerdo entre ellas, mandan los árbitros (art. 25.2 LA), de modo que los árbitros no pueden pasar por encima de un acuerdo entre las partes (art. 25.1 LA) (4) Pero ni las partes ni los árbitros pueden excusar la sumisión a las limitaciones procedentes de los principios configuradores del arbitraje, de las normas legales imperativas y de las reglas que derivan de la naturaleza de las instituciones concernidas.

Ya desde este momento me parece juicioso adelantar que no resulta arriesgado afirmar, tras la enumeración que hemos dejado escrita, que las contenciones a la autonomía de la voluntad de las partes que derivan de los mecanismos en cuestión no son ni menores ni escasas.

En el ámbito general procedimental (y, naturalmente, más marcadamente en el de la prueba), el llamamiento a los principios de *igualdad* y *audiencia* supone la evocación de los mismos principios que se predicen del procedimiento judicial civil, de los que la doctrina procesalista afirma que, sin ellos, no hay proceso, y que son ellos los que dejan su sello en las normas concretas de procedimiento (5). No es, entonces, de extrañar que ciertos mecanismos que, derivados de estos principios, se instalan en el procedimiento judicial civil, sean difícilmente evitables en el ámbito del arbitraje e, incluso, estén presentes en el tenue diseño procedimental de nuestra ley especial, como ocurre con la harto recordada

secuencia «alegaciones-prueba-resolución». No es tan sencillo (ni técnica y legalmente posible) alzar el imaginativo artificio que, para algunos, en uso de la autonomía de la voluntad, apartaría radicalmente el procedimiento arbitral del modelo jurisdiccional. La realidad nos muestra cómo los paralelismos se ponen de manifiesto en los propios reglamentos institucionales y han dejado su sello en nuestra propia ley y en el derecho comparado. Es la implacable fuerza de unos *principios* en los que el Estado exige asentar el arbitraje, como mecanismo de heterocomposición de controversias, para otorgarle el favor de la ejecutividad, siempre en manos de los órganos judiciales.

Y en esta esfera de la *principios* conviene ceñirse estrictamente a aquellos que realmente lo son (sin duda los enunciados en el recordado art. 24) sin caer en la tentación de inquirir en esta categoría otros apotegmas o postulados que, lejos de constituir verdaderos principios jurídico-naturales del proceso no pasan de constituir meros propósitos, proyectos o aspiraciones que, por consiguiente, carecen de la fuerza que pretende dárseles para corregir o matizar exigencias derivadas de los primeros. En este orden de ideas es imprescindible recordar, por la frecuencia con que se incide en el error de traerlos a colación con tal designio, la «rapidez», «agilidad» e, incluso, con empeño de una mayor amplitud conceptual, la «eficiencia» (6). Una cosa es que, al construir un sistema procedimental arbitral, se tenga la mirada puesta en la obtención de estos resultados (sin duda la tiene también el legislador al diseñar el procedimiento judicial) y otra distinta el que la consecución de tales objetivos justifique la corrección o merma de alguno de los verdaderos *principios* en que se fundamenta la institución.

No son pocas, por tanto, las serias limitaciones que derivan del adecuado respeto a los principios en que se asienta, por mandato legal, la estructura del procedimiento arbitral.

En cuanto a los condicionamientos que surgen del necesario respeto a *normas legales imperativas expresas* es preciso recordar que, si bien las reglas que conciernen al procedimiento arbitral y se hallan en la misma Ley de Arbitraje, tienen, en términos generales, carácter dispositivo, las hay también de indudable contenido imperativo, como las de los arts. 38 (terminación de las actuaciones), 39.2, 3 y 5 (corrección de errores y aclaración), 30.3 (traslado de alegaciones, documentos, dictámenes y pruebas) y, finalmente, para cerrar la enumeración, las de los arts. 37.3 (laudo escrito) y 37.4 en la nueva redacción dada por la Ley 11/2011 (laudo motivado). Sin perjuicio, claro está, de aquellas normas de orden público que provengan de disposiciones con rango de ley distintas de la

especial de arbitraje y entre las que, tocantes al régimen de la prueba, no olvidaremos las atinentes a la prueba prohibida, ilícita u obtenida con vulneración de derechos fundamentales (7).

Probablemente donde podemos encontrar mayores incertidumbres es ciertamente, en la identificación y fundamento de aquellos límites que hemos enunciado como derivados de *la propia naturaleza de la institución procedimental* de que se trate (iniciativa, principios técnicos procesales, admisión, carga, valoración y, sobre todo, medios de prueba). El concepto de esa limitación, probablemente, sea de suyo claro. Sin embargo, su conexión dogmática o su fundamentación jurídica sugieren un discurso algo más complejo. ¿Es que no quedan estas posibles reglas absorbidas dentro de las que procederían de los principios de audiencia, contradicción e igualdad? La respuesta a este interrogante no parece nada fácil. Y aunque emerja como un tema sustancialmente académico y con escasa repercusión práctica, una indagación afinada enseña que el alcance puede desarrollar importantes repercusiones en la tarea deductiva concreta. Si hay, como quiere TARUFFO (8) desarrollando una línea de pensamiento que cruza la doctrina probatista desde SENTÍS MELENDO (9) hasta MUÑOZ SABATÉ (10) y PICÓ JUNOY (11), un concepto específico y general de prueba que desemboca en al reconocimiento de una idea no específica del proceso y que permite alcanzar su inserción en un ámbito en el que la «prueba jurídica» en concreto obedecería, como piensa GUZMAN FLUJA, a una serie de reglas bastante perfiladas y comunes, habrá que concluir que no debiera extrañar que el régimen de la prueba en el arbitraje funcionara de manera muy similar a la prueba procesal, porque ambas son «pruebas jurídicas». Es interesante (y excede con mucho los propósitos de este pequeño trabajo) el estudio de la recíproca influencia de las corrientes de pensamiento en materia de prueba antes aludidas y el proceso llamado en España de «constitucionalización del derecho probatorio» (12). Más adelante tendremos ocasión de volver sobre estos conceptos al analizar los límites de la prueba de iniciativa arbitral.

Llegados aquí (quizás algo más extensamente de lo que me había prometido en esta que quiere ser parcial y breve aproximación a algunas cuestiones de derecho probatorio en el arbitraje especialmente preocupantes por la frecuencia y a veces virulencia con que se presentan), pasaré a hacer aplicación del marco que he establecido a la problemática que desencadena uno de los escenarios que resultan más necesitados de ello y al que deseo convertir en centro o excusa de esta reflexión: el del ejercicio por el árbitro de la facultad de practicar prueba de oficio o a propia iniciativa (art. 25.2 *in fine* LA).

II. LA INICIATIVA PROBATORIA ARBITRAL Y SUS LIMITACIONES

1. La admisión general de la prueba de oficio en el arbitraje

La admisión de la iniciativa arbitral en la práctica de la prueba es regla en derecho español a partir ya de la Ley de 5 de diciembre de 1988, en cuyo art. 26 estableció explícita y detalladamente que «los árbitros practicarán a instancia de parte o por propia iniciativa, las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en derecho».

También está clara la procedencia de la regla, aunque me parece imprescindible convenir en que no todos los antecedentes la formulan con la rotundidad, generalidad y amplitud con que ha sido trasladada al texto español.

Así, no estará de más recordar, entre los decisivos, el art. 43 Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, a cuyo tenor, «salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal, en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario: a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba; b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes»; *el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 15 de diciembre de 1976 (revisado en 2010), art. 24.3 (actual art. 27.3): «En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas.»; y la Ley Modelo de la UNCITRAL, de 1985, art. 26, a), aunque sólo se refiere concretamente a la prueba pericial: «1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral: a) podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral».*

Sin perjuicio de los antecedentes internacionales y directos mencionados, es forzoso reconocer que la admisibilidad de la prueba arbitral de oficio es general (o por lo menos muy amplia) en el derecho comparado (13) y que buena parte de ello es debido a que el régimen procedimental y, en particular, el probatorio (incluso en países ajenos al *Common Law*) está fuertemente influenciado por las concepciones procesalistas del derecho anglo-americano (en especial de este último), muy distintas de las propias de los países de *Civil Law* (14).

Como sabemos, en el derecho español, es hoy el art. 25.2 LA el que formula, también con claridad y máxima amplitud, la atribución de esta competencia a los árbitros, a falta de

acuerdo distinto entre las partes, estableciendo que su potestad «comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración». Sintética y lacónica expresión, pero suficiente para el mantenimiento de la regla incorporada al texto legal arbitral, como hemos dicho, en 1988, y cuyo alcance, sorprendentemente, no plantea hoy especial polémica en una doctrina más ocupada en justificarla que en ahondar en las comprometidas cuestiones que propone su aplicación práctica, que aquí trataremos de resumir y para las que buscaremos alguna luz en los principios que hemos dejado propuestos en la primera parte de este trabajo.

2. El enfrentamiento con el principio de justicia rogada

Dicho lo anterior, es casi innecesario expresar hasta qué punto llama la atención de quien esto escribe la despreocupación con que la iniciativa arbitral es admitida en nuestro ámbito (con salvas excepciones) por los autores frente a la profunda resistencia que, en términos generales, ofrece la doctrina procesalista a admitir la iniciativa probatoria judicial en el procedimiento civil. Particularmente cuando la naturaleza dispositiva y los principios cardinales en que se fundamentan ambos sistemas procedimentales son, como hemos visto, sustancialmente los mismos y los peligros que se denuncian, idénticos.

Ya sé (fuera pueril tener que recordarlo) que la llave que, en la distancia, explica la introducción de la excepcional regla encuentra su respuesta en el extenso reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes que domina el mundo del arbitraje y que, de la misma manera que la ley autoriza la iniciativa probatoria arbitral, libres son las partes para excluirla. Pero todo esto no justifica satisfactoriamente, a mi modo de ver, que la mera posibilidad se admita tan ampliamente en derecho arbitral (sin establecer medida expresa que conjure los riesgos) y, por el contrario, se prohíba (salvo supuestos excepcionales) en el proceso jurisdiccional civil, puesto que en ambos casos la intromisión del juzgador en la iniciativa probatoria lesiona de manera equivalente el principio de aportación de parte y, por consiguiente, el poder de disposición sobre la controversia.

No hace falta recordar la rigidez con que al respecto se ha producido la doctrina procesalista tradicional española, de acuerdo con el derecho histórico español, fundada en la distinción entre procesos no dispositivos (donde se admite el acceso de pruebas por cauce diferente a la iniciativa de las partes) y procesos dispositivos (en los que, salvo excepciones tasadas, la admisión de iniciativa extraña a las partes quedará excluida)

(15). Ni tampoco sería esta la ocasión de ahondar en las diversas polémicas abiertas por el establecimiento de la llamada «facultad judicial de integración probatoria» en el art. 429.1 LEC, por más que sean buen ejemplo de las resistencias y reticencias que cualquier reconocimiento a la iniciativa probatoria judicial despierta en la doctrina (16). Aunque sí me detendré una línea para recordar cómo los autores reiteran su repugnancia al mecanismo al concluir hoy con la confesión de que la iniciativa autorizada por el art. 435 LEC en las «diligencias finales» exige, para evitar que se aboque en inseguridad jurídica, una interpretación restrictiva (particularmente en relación con el contenido del denominado *quinto requisito*) fundada (nada menos) en los mandatos del art. 24.2 CE relativos a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa.

El brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium o iudex iudicare debet secundum allegata et probata non secundum conscientia* (17) constituye, en su traslación recogida por el art. 216 LEC, el punto de partida: «los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

En este marco, la doctrina moderna distingue netamente entre el *principio dispositivo*, en virtud del cual las partes son dueñas de sus intereses privados y de reclamarlos o no judicialmente (principio que se refiere, así, a las pretensiones y su ejercicio o renuncia) y el *principio de aportación de parte*, que regula el modo en que el material fáctico accede al proceso, determinando, por tanto, cómo acceden los hechos y cuáles son los medios con que cuenta el juez (o el árbitro) para el descubrimiento de la verdad (o para alcanzar convicción respecto de lo alegado por las partes).

Mientras que respecto del contenido del primero, en el ámbito del arbitraje, podemos decir que hay un sustancial acuerdo, respecto del alcance del segundo, dada la generalidad y ausencia de límites o prevenciones con que se produce nuestra ley de arbitraje, va a ser difícil ponerse de acuerdo sin establecer algunas premisas derivadas del marco conceptual trazado en la primera parte de este opúsculo.

Las premisas a que me refiero pueden ordenarse en forma de respuestas a una pregunta clave que deriva del reconocimiento legal de la iniciativa probatoria de oficio en el arbitraje y que puede formularse así: *¿hasta dónde llega la libertad del árbitro en la aportación de prueba? o ¿puede ir el árbitro más allá de lo alegado por las partes?*

Ante todo es relevante fijar los límites textuales del precepto: a lo que el art. 25.2 LA autoriza a los árbitros es a desarrollar iniciativa probatoria de oficio: a aportar pruebas, no a aportar hechos (relato fáctico) ni, por supuesto, a aportar evidencias respecto de hechos no alegados por las partes. Sólo las partes pueden aportar los hechos. Si son *determinantes* porque su introducción por el Árbitro implicaría variar (ampliar o modificar) la causa de pedir. Si son *no esenciales* y sólo motivadores de la decisión, porque su aportación por el Árbitro sería obvia manifestación de falta de imparcialidad.

Por consiguiente, como ya hemos apuntado, sólo los hechos afirmados por las partes pueden constituir objeto de prueba. Ello hace descartable toda prueba que no verse sobre hechos alegados por los litigantes ya que los árbitros sólo podrán juzgar sobre tales alegaciones.

De ahí resultaría de forma contundente que la admisión de la iniciativa probatoria de oficio no abre la puerta a la actividad indagatoria. Aunque, establecido esto como punto de partida y (también) como elemento tranquilizador, sin embargo, en mi opinión importa subrayar que esa prohibición de inquisición veda absolutamente al árbitro la actividad indagatoria dirigida al descubrimiento y aportación de nuevos hechos al proceso; pero no necesariamente le veda la actividad inquisitoria dirigida a la identificación y aportación de prueba. En este punto conviene superar la tradicional alergia a la prohibición indagatoria en el proceso civil que lleva a menudo a los prácticos del proceso a extralimitar su ámbito.

Y, finalmente, resulta también de los principios configuradores del procedimiento arbitral, inducidos en la forma que proponemos en la primera parte de este estudio, que el árbitro no pueda tomar en consideración su conocimiento privado ni para integrar los hechos ni siquiera con fines probatorios. Tómese esta afirmación en sus justos límites y, por lo tanto, sin que necesariamente excluya la (por otra parte polémica) prueba del derecho extranjero a través de la ciencia del árbitro ni el tratamiento de las máximas de experiencia y de los hechos notorios.

Si aquél conocimiento privado se diera respecto de hechos relevantes en la controversia, se estaría poniendo de manifiesto en el árbitro una contaminación constitutiva de obligación de abstención y, en último término, de causa de recusación (sin perjuicio de ser motivo para el ejercicio por la institución arbitral del deber de relevación del árbitro de conformidad con lo dispuesto por el art. 14.3 LA después de la modificación de la Ley 11/2011) (18).

3. La prueba arbitral y la carga de la prueba

Una cuestión fundamental (que no ha pasado desapercibida a la doctrina ni a la práctica), puede formularse en estos términos: la iniciativa probatoria arbitral ¿modifica los principios de la carga de la prueba? Es decir, ¿descarga de alguna manera a la parte de la necesidad de probar? ¿o la suplente? ¿de qué forma? Expresado de modo gráfico y quizás caricaturesco: después de haber ejercitado el árbitro la iniciativa probatoria infructuosamente (no ha conseguido acreditar el hecho), ¿puede argumentar en su laudo falta de iniciativa probatoria en la parte («ni siquiera ha intentado probar...»)? ¿Y puede argumentar así cuando ni siquiera ha intentado probar de oficio? ¿Hasta qué punto aquello delimitado como facultad no termina revolviéndose contra su titular, adoptando una envoltura de deber?

Desde el momento en que se admite la iniciativa arbitral, las reglas sobre carga de la prueba sufren. Guste o no guste reconocerlo.

Aunque la doctrina, cierto que siempre con brevedad, se alinea sin reserva alrededor de la afirmación de que tal previsión legal no excepciona a las partes de la necesidad de probar y que, por tanto el juzgador (en este caso el árbitro) deberá aquilatar adecuadamente la conducta de aquéllas al respecto, sería ingenuo desconocer la influencia que en el equilibrio procesal puede llegar a desarrollar la intromisión arbitral, aún en aquellos casos en que no sea digna de reproche en los términos que veremos más adelante.

Recientemente ha tenido que enfrentarse la Sala 1.^a del Tribunal Supremo con una problemática paralela derivada esta vez de la aplicación del antes citado art. 429.1 LEC y la posible «obligación» del Juez de poner de manifiesto a las partes la insuficiencia de las pruebas propuestas. En su Sentencia (en la que el alto Tribunal, por supuesto, excluye la existencia de tal deber) comienza (y es sumamente significativo) poniendo sobre el tapete la consideración de que la novedosa institución procesal con la que se enfrenta (esta antes mencionada «facultad judicial de integración probatoria») no encaja con uno de los principios esenciales del procedimiento, como es el de justicia rogada o principio dispositivo.

En efecto, la Sentencia en cuestión, núm. 80/2013, de 7 de marzo, sienta textualmente: «Cierto es que esta novedosa institución procesal no encaja con uno de los principios esenciales del procedimiento, como es el de justicia rogada o principio dispositivo, una de cuyas manifestaciones es la de dejar a la iniciativa de las partes la aportación de las pruebas que consideren necesarias a su derecho. Así lo dice la Exposición de Moti-



vos de la Ley, según la cual «es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente previsión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela», añadiendo que «no se entiende razonable que el órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho». Y todavía sigue el Tribunal Supremo precisando que «se trata de una norma que no elimina la carga de la prueba que establece el artículo 217, a cuyas reglas se somete el juez para resolver el asunto, incluidas las derivadas de una falta de prueba» (19).

Quizás aquello que más llama la atención de esta resolución sea la explícita crítica a la misma apertura de la iniciativa probatoria del juzgador (aunque sea en tan limitada y vacilante extensión como hace el art. 429.1 LEC), juzgándola netamente contraria al principio de justicia rogada que, sin la menor duda, inspira también la institución del arbitraje.

Ello conlleva, moviéndonos en el terreno que ahora nos compete, que deba llegarse a la conclusión de que la prueba arbitral y el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes en su posicionamiento en el proceso son de compaginación ciertamente comprometida o difícil, a menos que uno u otra se tomen a beneficio de inventario o con degradación de su contenido. Disminución que, como difícilmente puede contestarse, corresponderá padecer a la vigencia de la prueba arbitral

Según el principio de aportación de oficio, el árbitro podría ordenar la práctica de pruebas que la parte, por los motivos (legítimos) que

fuere, había decidido excluir, aún en propio perjuicio procesal («antes prefiero perder este pleito que solicitar la testifical de determinado cliente o socio»).

Todo lleva, a primera vista, a configurar la excepcionalidad de la iniciativa probatoria arbitral como idea que trataría de salvar algunas de las objeciones vistas, con lo que sólo debiera usarla el árbitro cuando estime que resulta imprescindible. Pero ¿cuál es la idea de necesidad que debe manejarse? No encuentro formulación más allá de lo que sería una recomendación de prudencia (20). Y esto, lamentablemente, transforma la alusión o llamada a la excepcionalidad en un mero recurso retórico que no soluciona el problema. En definitiva, la prudencia es regla de conducta del árbitro en todo caso y en toda materia.

Parece, pues, que la contradicción sólo puede soslayarse exigiendo para la práctica de la prueba de iniciativa arbitral la audiencia de las partes (oyendo las razones) e, incluso, la misma conformidad de la parte (o de las partes). Y esto es algo semejante al mecanismo del art. 429.1 LEC. Y, en cualquier caso, no es lo que dice la ley por sí sola.

4. El momento procesal para el ejercicio de la iniciativa probatoria arbitral

Y vamos con un último (y no menor) problema en punto al ejercicio de la iniciativa probatoria arbitral reconocida por el art. 25.2 LA: cuál sea el momento procesal apropiado para su ejercicio.

Un razonamiento asentado en la lógica (o, mejor, en el sentido común) parece indicar que este sería el momento final, previo a dic-

tar el laudo, antes o después del resumen de prueba y conclusiones (si hay ese trámite). Es entonces cuando, a la vista de lo actuado, el árbitro puede aquilatar la necesidad o conveniencia, sobre todo atendida la necesaria excepcionalidad del mecanismo, según creo haber demostrado suficientemente. Y este, además, es el criterio que parece apoyar la práctica.

Ello no obstante, frente a tal proposición se alzan obstáculos de importancia.

En primer lugar está el *obstáculo del calendario*, habitualmente fijado por las partes (o las partes y el árbitro) y de la prevalencia de este acuerdo sobre las facultades de disposición del árbitro. El calendario procesal, ordinariamente, fijará un tiempo para la proposición y práctica de la prueba, poniendo sobre la mesa el problema de la preclusión de los términos para las actuaciones del procedimiento. ¿Puede el árbitro, contra lo establecido por las partes en el calendario procesal, irrumpir mediante una prueba propuesta y practicada extemporáneamente? ¿Está quizás eso autorizado por la tan ponderada supresión de la preclusividad en relación con los términos fijados en el arbitraje? ¿Es que el hecho de que, con clara ruptura de ésta, permita el art. 29.2 LA que las partes, «durante el curso de las actuaciones arbitrales» modifiquen o amplíen los términos de su demanda o contestación, es suficiente para excluir la preclusividad de los plazos y tiempos fijados por las partes en el calendario? Y todavía más ¿a qué nos referimos cuando en estos casos hablamos de existencia o inexistencia de preclusividad?

Si preclusividad expresa la sanción de ineficacia a que es acreedor el acto realizado fuera del tiempo procesal señalado, es obvio

que ésta, muy a pesar de lo que exprese el art. 29.2 LA, se producirá siempre que se haya marcado plazo para una actuación, bien por la ley, bien por las partes, bien (subsidiariamente) por los árbitros, y la propia ley o las propias decisiones de las partes o de los árbitros no hayan previsto otra cosa. Incluso tratándose, como quiere el art. 29.2 de la ampliación de la demanda o la contestación; porque muy sabiamente nos dice ese precepto que ese desconocimiento de la preclusividad se autoriza sólo «salvo acuerdo en contrario de las partes». Y si éstas establecieron un calendario estricto, instauraron un «acuerdo en contrario» porque la mera fijación de un plazo para realizar un acto jurídico, dota a aquél de carácter preclusivo. O es así o la fijación de plazos no sirve para nada (21).

La prueba arbitral y el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes son de compaginación comprometida o difícil, a menos que uno u otra se tomen a beneficio de inventario o con degradación de su contenido

La respuesta negativa a la cuestión formulada al principio está, pues clara: de existir un calendario fijado por las partes (o las partes y los árbitros) éstos no pueden hacer uso de su derecho a practicar prueba de oficio fuera de los términos prefijados. Y, en la hipótesis examinada, no podrán hacerlo al final de tra-

yecto procesal, es decir, justo antes de dictar el laudo.

Por supuesto que, a imagen y semejanza de la «facultad judicial de integración probatoria» del art. 429.1 LEC, podrán ejercitar ese derecho los árbitros dentro del plazo señalado para la proposición y práctica de la prueba, si entonces constatan la insuficiencia de las propuestas por las partes. Y en este caso, si aceptamos nuestra moción antes expuesta, oyendo sobre ello a los contendientes y obteniendo la aprobación de la parte o partes que estuvieran afectadas por la realización del instrumento probatorio (salvando de este modo la vigencia del principio de justicia rogada).

En el raro caso de que ni las partes, ni el reglamento de la institución administradora, ni los propios árbitros hayan establecido un calendario procesal, no parece que haya dificultad para admitir el ejercicio por los árbitros de la facultad de practicar prueba de oficio en el instante final inmediatamente anterior al laudo. Eso sí: oyendo y recabando la conformidad de las partes por las razones ya expuestas. Conformidad que de ordinario deberá extenderse a la modificación en consonancia del término para dictar el laudo, que no puede ser alterado unilateralmente por los árbitros.

Digamos, ya para terminar, que en aquellos litigios en que los árbitros estimen que puede resultar conveniente el ejercicio de la iniciativa probatoria arbitral, no será descabellado que, al establecer el calendario procesal, propongan a las partes el expreso reconocimiento y previsión de esta facultad y el establecimiento de un plazo (incluso inmediatamente anterior al de dictar el laudo) en el que puedan hacerlo. ■

NOTAS

(1) VILLAMAYOR ALEMÁN, «La prueba en el arbitraje», en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Tomo 71, núm. 2, Diciembre 2011, pág. 50. Valga la muestra, ciertamente de tono marcadamente eufórico, como fiel trasunto de lo argumentado por la generalidad de la doctrina.

(2) SERRA DOMÍNGUEZ, en «*Estudios de derecho procesal*», Barcelona, 1969, *Naturaleza jurídica del arbitraje*, págs. 580 y ss.

(3) No deseo profundizar aquí en el debate acerca de la posibilidad de modificar convencionalmente por las partes de la controversia las normas establecidas en el reglamento de la institución administradora, aunque si adelantaré que, en mi opinión, es esta una opción que debe rechazarse. Otra cosa es que se haga uso de la alternativa contemplada en el art. 4 b) LA que admite la remisión convencional a un determinado reglamento arbitral sin encomendar el arbitraje

a la administración de la institución que lo dicta, en cuyo caso no veo objeción a la introducción de variaciones. Pero en este evento nos hallamos sin duda ante un arbitraje ad hoc. Sobre la materia es clásico el trabajo de MUÑOZ SABATÉ, «El Reglamento de la Institución arbitral a la luz de la nueva Ley de Arbitraje», en *Anuario de Justicia Alternativa*, Especial Ley 60/2003, núm. 5, 2004, págs. 59 y ss.

(4) No estoy de acuerdo en que, como sostiene un sector de la doctrina, esa voluntad de las partes a la que deben ajustarse los árbitros pueda manifestarse sea cual fuere el momento en que se produzca, a lo largo del procedimiento arbitral y que incluso pueda llegar a modificar decisiones tomadas por los árbitros en materia de procedimiento (así ALZAGA, en GONZÁLEZ SORIA (Coord.), «Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje», 2.ª ed., Madrid, 2011, pág. 381 y en la misma línea, con referencia la anterior Ley de 1988, DE ANGEL, en BERCOVITZ (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1991, pág. 377). En mi opinión, las modificaciones

introducidas una vez iniciado el procedimiento y durante el mismo atentan contra la seguridad jurídica. En este sentido cfr. GUZMÁN FLUJA en BARONA (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2011, págs. 1170 y 1171. En este orden de ideas constituye buena práctica que el tribunal arbitral, en la primera resolución que dicte, una vez constituido, aún teniendo como telón de fondo el reglamento de la institución elegida por las partes, establezca, de acuerdo con ellas, las normas procedimentales específicas para el caso. Es lo que prevé el art. 25.1 al hablar de «acuerdo entre las partes», lo que mayoritariamente exige el reglamento de las más relevantes instituciones arbitrales y lo que, con ciertas cautelas, puede no estar de más llevar a la misma cláusula arbitral.

(5) Cfr., por todos, DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, I, 4.ª ed., Madrid, 1995, págs. 135 y ss.

(6) Cfr., en esta línea, pero con singular prudencia y templada coloración, GUZMAN, op., cit., pág.

1167: «Y hay igualmente otro límite impuesto por la lógica y por la propia significación del arbitraje, que resulta importante aunque no tenga un rango jurídico. El procedimiento que se establezca debe ser eficiente y eficaz, debe ser ágil, debe responder a las expectativas de facilitar una solución más rápida y menos costosa». Es habitual llevar a la exageración las exigencias de estos sedicentes «principios». Así, por todos, MARTÍN MARCHESINI, «Los medios de prueba en el arbitraje comercial y sus contingencias», en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, 10 febrero 2005, pag. 3: «En el arbitraje comercial debe flexibilizarse por parte de los árbitros la producción de la prueba, como así también las pautas para su ofrecimiento sin sujetarlo a plazos fatales, siempre y cuando se agreguen antes de la providencia de autos para laudar».

(7) Es este un punto en el que, naturalmente, hay un amplio consenso doctrinal. Vid., por todos: DE ANGEL, en BERCOVITZ (Coord.), Comentario a la Ley de Arbitraje, cit., pág. 441; CHOCRON GIRALDEZ, Los principios procesales en el arbitraje, Barcelona, 2000, pág. 165; MASCARELL, en LORCA, Comentario breve a la Ley de Arbitraje, San Sebastián, 1989, pág. 145; GUZMAN, op. cit., pág. 1177, nota (47).

(8) TARUFFO, La prueba de los hechos, Madrid, 2002, passim y espec., pág. 342.

(9) SENTIS MELENDO, La prueba, Buenos Aires, 1978, passim.

(10) MUÑOZ SABATÉ, Técnica probatoria: estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, 1.ª ed., Barcelona, 1967, 2.ª ed., Barcelona, 1983, 3.ª ed., 1993, passim.

(11) PICO JUNOY, El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Barcelona, 2005 (es una puesta al día de «El derecho a la prueba en el proceso», Barcelona, 1996). Especialmente, incluso para lo que vendrá más adelante, págs. 74 a 112 sobre límites propios de los distintos medios de prueba.

(12) Un buen resumen de este proceso puede verse en ABEL LLUCH, Derecho probatorio, Barcelona, 2012, págs. 38 y ss.

(13) Así expresamente YAÑEZ VELASCO, Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje, Valencia, 2004. Su reconocimiento tiene especial extensión en las legislaciones latinoamericanas, como resalta FERNÁNDEZ ROZAS, Tratado del arbitraje comercial en América latina, Madrid, 2008, págs.

755 y ss., quien cita textualmente el art. 37 de la ley peruana y el art. 22 de la ley brasileña. Vid. También CALLIZO NICORA, «Medios de prueba en el arbitraje en las legislaciones iberoamericanas», que puede encontrarse en <http://www.docstoc.com/docs/25206180/Medios-de-Medios-de-prueba-en-el-arbitraje-en>.

(14) Piénsese, concretamente en derecho probatorio, en las hondas diferencias que, en mecanismos que persiguen finalidades similares, presentan el denominado discovery de derecho norteamericano y las reglas de los países de civil law sobre diligencias preliminares, medidas de aseguramiento y exhibición documental. Sobre el tema puede verse una exposición muy completa en la tesis doctoral de la Prof. PEREIRA PUIGVERT, La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos, págs. 313 y ss., que puede encontrarse en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/104485/tspp.pdf;jsessionid=76784BE39B3854E13C9C6869682C4B2B.tdx?sequence=2>.

(15) Puede verse una exposición detallada de estas posiciones tradicionales y su formulación en el marco de la Ley 1/2000 en ABEL LLUCH, Derecho probatorio, Barcelona, 2012, especialmente págs. 136 y ss.

(16) También una extensa síntesis de esta polémica en ABEL LLUCH, op. cit., págs. 149 y ss.

(17) Sobre la correcta comprensión de este brocardo es imprescindible PICO JUNOY, «El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual», Barcelona, 2007, passim.

(18) En este aspecto, el tan denunciado como frecuente y escandaloso problema de la designación como «árbitros de parte» a favor de personas conectadas con los contendientes o con acceso a los hechos que se enjuician, debiera a partir de ahora encontrar una eficaz respuesta en la actitud responsable de las instituciones administradoras. De donde hay que celebrar el mandato del nuevo art. 11 bis 3 LA de acuerdo con el que el llamado arbitraje societario deba ser necesariamente administrado por una institución arbitral, excluyéndose en este caso la admisibilidad del arbitraje ad hoc.

(19) Puede verse un comentario a esta sentencia en SALAS CARCELLER, «La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia procesal» en Revista Jurídica de Catalunya, 4/2013, pág. 888.

(20) No deja de contemplar algún autor esta posibilidad de acudir a la «prudencia» como fórmula salvadora. Así, VILLAMAYOR ALAMAN, La prueba en el arbitraje, pág. 57: «Sólo por excepción y cuando circunstancias especiales determinen la necesidad de disponer la producción de pruebas pese a la inactividad o a la negligencia de la parte interesada, los árbitros podrán actuar oficiosamente y buscar elementos de juicio que le posibiliten, según su prudente criterio, dictar un laudo justo». Puede encontrarse en <https://www.yumpu.com/es/document/view/14345133/la-prueba-en-el-arbitraje-por-sergio-a-villamayor-aleman-1>. Con mucha cautela también, se aproximan los prácticos del derecho a la iniciativa probatoria judicial sugiriendo que la actividad del árbitro debe limitarse, como mucho, a complementar la prueba propuesta por las partes. En este orden de ideas, JURADO BELTRAN, «Aspectos prácticos que plantea la prueba en el procedimiento arbitral», en AA. VV., Arbitraje: comentarios prácticos para la empresa, Barcelona, 2011, advierte: «El difícil equilibrio entre ambos principios lleva a que parte de la doctrina se muestre muy generosa al interpretar la potestad de los árbitros de proponer prueba frente a otro sector que incluso niegan tal posibilidad en el caso de que las partes no promuevan prueba alguna. A medio camino nos encontramos nosotros entendiendo que el árbitro no puede adquirir ningún protagonismo en la fase de proposición de la prueba pues ello corresponde a las partes, pero sí puede completar la actividad probatoria que se le proponga, siempre dando primero audiencia a los litigantes para que al respecto se pronuncien, y desde luego posibilitando en todo momento la efectividad de los principios de intervención y contradicción al instante de practicarse esa posible prueba impulsada por el propio árbitro». (Art. 24 LA)

(21) Conforme con el texto, cfr. DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ, op. cit., I, pág. 163, quien explícitamente reconoce que «fácilmente se comprenderá que sin preclusión el orden de los actos resultaría ilusorio». Vid. También VILLAMAYOR ALEMAN, op. cit., pág. 55: «Más aún, las partes deberán estar atentas al instituto de la preclusión: si el reglamento aplicable prevé una determinada oportunidad para ofrecer o para producir las pruebas o si las partes han acordado en tal sentido, ello debe ser respetado, del mismo modo que se deben respetar las demás reglas del proceso».

NOVEDAD



5% de DESCUENTO
por compras en Internet

PRECIO: ~~56,73~~ € + IVA

AHORA: 53,89 € + IVA

El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España

➔ Una visión jurisprudencial crítica

➔ Se recoge por un fiscal del mismo Tribunal Supremo toda la jurisprudencia de la Sala 2.ª dictada desde 1994 hasta nuestros días.

AUTOR: Manuel-Jesús Dolz-Lago

Páginas: 448 / Encuadernación: Rústica con solapas / ISBN: 978-84-9020-281-4

 LA LEY
grupo Wolters Kluwer

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR

902 250 500 tel.
e-mail: clientes@laley.es
<http://tienda.wke.es>



Práctica Forense

La importancia de la prueba pericial en el sector inmobiliario

LA LEY 934/2014

La importancia de la prueba pericial en el sector inmobiliario

M.^a Olga FRANQUESA CABALLÉ

Elisenda FRANQUESA CABALLÉ

Agentes de la Propiedad Inmobiliaria

Peritos judiciales desde los años 2000 y 2003, respectivamente. Miembros de la Asociación Catalana de Perits Judicials i Forenses.

El trabajo valora la importancia de aplicar bien en la actualidad la normativa de valoraciones y los aspectos en cuyo estudio se ha de ser más escrupuloso para tener un buen resultado acorde a la realidad inmobiliaria objeto de la pericia.

Estamos viviendo momentos muy críticos en toda la coyuntura socioeconómica actual. España ha tenido hasta ahora su economía muy ligada al sector inmobiliario. La crisis económica ha desencadenado una fuerte disminución del valor del producto inmobiliario. En la actualidad los precios de los inmuebles han experimentado unas variaciones históricas, tal y como nos recuerdan a menudo los medios de comunicación. Todo ello, repercute directamente en las economías familiares y en el tejido económico y social del país.

Los inmuebles han constituido un atractivo modo de invertir los ahorros de muchas personas. Ello ha conllevado que mucha gente se haya lanzado a pedir préstamos bancarios para poder realizar esa «inversión», ya que hasta el año 2007 el valor de los inmuebles no ha cesado de ir al alza. De ahí el gran desconcierto de la sociedad cuando a partir del 2.007 el precio de los inmuebles no ha parado de bajar. La consecuencia de todo lo anterior ha sido que el valor de muchas hipotecas es mayor al del inmueble sobre el que se han constituido, lo que ha generado una gran problemática social. Debido a todo esto, es muy importante hacer una buena prueba o pericial de tasación, para afinar lo mejor posible el valor real actual mediante el método que nos marca la normativa.

Toda tasación inmobiliaria viene determinada por la normativa aplicable que es la siguiente:

— Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo, sobre Normas de valoración de bienes inmuebles para determinados derechos para ciertas finalidades financieras, publicada en el *BOE* del 9 de abril de 2003.

— Orden EHA/3011/2007, de 4 de octubre, por la que se modifica la Orden ECO 805/2003 de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles para determinados derechos para ciertas finalidades financieras, publicada en el *BOE* del 17 de octubre de 2007.

— Orden EHA/3011/2008, de 28 de febrero, por la que se modifica la Orden ECO 805/2003 de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles para determinados derechos para ciertas finalidades financieras, publicada en el *BOE* el 5 de marzo de 2008.

— RD 1020/1993 normas técnicas de valoración catastral.

— Ley de Suelo 2/2008.

— RD 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley del Suelo, publicada en el *BOE* el 9 de noviembre de 2011.

— Text refòs de la Llei d'Urbanisme 1/2005.*

— Reglament de la Llei d'Urbanisme 305/2006.*

— Decret Llei 1/2007 de mesures urgents en materia urbanística.*

*Normativa específica para Cataluña.

El proceso de valoración comporta necesariamente:

— La identificación del inmueble a valorar.

— Indicar la finalidad de la tasación: para qué se requiere.

— Normativa de aplicación utilizada en la valoración.

— Metodología: método o métodos a utilizar (de coste, de reposición o de desplazamiento, de mercado, de capitalización de rentas, residual, etc.)

— Criterios de valoración.

De las normas de valoración, y en especial de la metodología descrita en la ORDEN ECO/805/2003 se desprende la existencia de cuatro métodos de valoración utilizables:

— *Método de coste, reposición o de desplazamiento (CRD)*, aplicable en la valoración de toda clase de edificios y elementos de edificios en proyecto, en construcción o rehabilitación o terminados. Mediante este método se calcula un valor técnico que se denominará valor de reemplazamiento. Dicho valor podrá ser bruto o neto.

— *Método de comparación o de mercado*. Este método será aplicable siempre que se cumpla la existencia de un mercado de inmuebles comparables representativo, disponiendo de suficientes datos sobre 6 transacciones u ofertas comparables.

— *Método de capitalización o de actualización de rentas*, aplicable para el caso de que se cumpla al menos uno de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un mercado de alquileres representativo de los comparables con un mínimo de 6 datos de rentas de alquiler.

b) La existencia de un contrato de arrendamiento sobre el inmueble objeto de valoración.

c) Que el inmueble valorado esté produciendo o pueda producir ingresos como inmueble ligado a una actividad económica.

— *Métodos residuales estático o dinámico* (según el proceso en el que se encuentre la normativa urbanística).

El método residual estático será aplicable en los solares o inmuebles en rehabilitación en

los que se pueda comenzar la edificación o rehabilitación antes de un año.

El método residual dinámico podrá aplicarse en los terrenos urbanos o urbanizables, edificados o no y en edificios en proyecto, construcción o rehabilitación, incluso en el caso de que las obras estén paradas, que implique un período superior para el inicio de la edificación o rehabilitación.

Al tasador corresponde saber aplicar en cada momento un método u otro, según la finca que se valora, si está arrendada, si está terminada o no y su situación urbanística.

Sin embargo, debe hacerse especial hincapié en que, en la especial situación actual (expuesta al inicio de este artículo), resulta muy importante determinar el precio real en el mercado de los inmuebles objeto de la pericia. Porque todos los métodos de valoración antes expuestos tienen como referencia en alguno de sus cálculos el valor de mercado del inmueble.

Y es que el mercado marca el precio de la valoración. No solo en aquellas valoraciones efectuadas por el método de comparación o de mercado, sino también en las valoraciones de solares y edificios de obra nueva que tienen como referencia este valor.

Para poder aplicar el método de comparación o de mercado, tal como determina la normativa actual, deben cumplirse una serie de requisitos:

- 1) La existencia de un mercado representativo de inmuebles comparables.
- 2) Disponer de suficientes datos sobre transacciones u ofertas que permitan, en la zona de que se trate, identificar parámetros adecuados para realizar la homogeneización de los elementos comparables.

3) Disponer de información suficiente sobre al menos seis transacciones u ofertas comparables que reflejen adecuadamente la situación actual de dicho mercado.

Debe concluirse que analizar y depurar las muestras de mercado que se toman como referencia es una tarea importantísima para poder efectuar un correcto informe de valoración

En la actualidad hay por lo general una gran oferta de inmuebles en venta. Se puede observar la existencia de una gran variación de precios unitarios (por m² construido) en una misma zona. Por ello, el perito debe tener la suficiente habilidad para poder detectar aquellas ofertas que no son reales sino que obedecen a una simple intención de tantear el mercado por parte de sus propietarios, ofertas que distorsionan o enmascaran el precio medio real de la zona. En muchos casos, se observa que con el paso del tiempo el precio de oferta de estos inmuebles disminuye considerablemente. Los peritos expertos tienen la formación, experiencia y capacidad suficientes para poder detectar este tipo de ofertas y descartarlas.

Por otro lado, también existen otras ofertas que, estudiadas en profundidad, se encuentran en la parte baja del precio medio de la zona lo que puede venir motivado por una falta de liquidez de sus propietarios que se ven obligados a bajar el precio de venta. Estas ofertas no deben tenerse en consideración si

son puntuales (escasas en relación a la oferta total en la zona), pero sí resultan determinantes si se dan en una gran proporción.

Paralelamente, se puede detectar la existencia de algún tipo de inmueble de características muy exclusivas y singulares, poco frecuentes en el mercado, de modo que por su ubicación, superficie, u otras características (existencia de amplia terraza, orientación, etc.) constituyen un valor seguro y por ello están sujetos a menores fluctuaciones de precio.

Por todo ello debe concluirse que analizar y depurar las muestras de mercado que se toman como referencia es una tarea importantísima para poder efectuar un correcto informe de valoración. Y que esa tarea esencial debe ser efectuada por un experto conocedor del mercado que podrá diferenciar entre «falsas ofertas» fuera de criterios de mercado y ofertas reales acordes a la situación actual del mercado inmobiliario.

Y es que examinar y comprobar los datos exactos que se publicitan resulta también una tarea ardua pero a la vez muy efectiva. Porque en muchas ocasiones se publicitan datos inexactos que conducen a confusión.

En la realidad actual, nos encontramos con una sociedad de la información que proporciona un abanico «virtual» extenso e indiscriminado de posibilidades de publicidad e información inmobiliarias. Por esa razón, los profesionales en la valoración inmobiliaria (Agentes de la propiedad inmobiliaria) con años de experiencia específica en la tasación, deben conocer exactamente la normativa aplicable a cada caso así como la metodología adecuada a seguir en la valoración, pero sobre todo deben ser especialmente rigurosos y sensibles para saber identificar en cada supuesto la realidad del mercado inmobiliario. ■

NOVEDAD



**5% de DESCUENTO
por compras en Internet**

PRECIO: ~~94,23~~ € + IVA

AHORA: 89,52 € + IVA

EL AUTO DE CUANTÍA MÁXIMA



➔ Estudio del auto de cuantía máxima y de las especialidades que presenta la ejecución forzosa basada en él

AUTOR: José Martín Pastor

Páginas: 760 • Encuadernación: Rústica con solapas • ISBN: 978-84-9020-264-7

 **LA LEY**
grupo Wolters Kluwer

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR

902 250 500 tel.
e-mail: clientes@laley.es
<http://tienda.wke.es>



Práctica Forense

Probanza del trastorno psicótico breve agudo y transitorio

LA LEY 935/2014

Probanza del trastorno psicótico breve agudo y transitorio y su conversión en la eximente de trastorno mental transitorio

Miryam AL-FAWAL

Doctora en Derecho. Fiscal (N.P.) de la Audiencia Provincial de Madrid. Criminóloga. Presidenta de la Sociedad Europea de Ciencias Forenses. Vice-Presidenta de la Sociedad Española de Psicología Legal y Criminológica (Área Legal y Criminológica).

Bernat-N. TIFFON

Psicólogo Forense (privado) en Consultoría en Psicología Legal y Forense. Profesor de Universidad. Vice-Presidente de la Sociedad Española de Psicología Legal y Criminológica (Área Psicología). Miembro Núm. 418 de la Asociación Catalana de Peritos Judiciales y Forenses.

El artículo explica la fenomenología psicopatológica del trastorno psicótico breve, agudo y transitorio, y su traducción jurídica como aplicación de una rebaja de la responsabilidad criminal, a través de la debida probanza, mediante una pericial de Psicólogo o Psiquiatra Forense.

I. CASUÍSTICA

Entendemos que para una mejor comprensión de la psicopatología que presentamos, se hace necesario la ilustración con algún caso clínico que el Perito que suscribe ha tenido ocasión de peritar.

Se trata de un varón que cuando se le practicó la pericia contaba con 35 años de edad pero que, en el momento de la perpetración delictiva tenía entonces la edad de 20 años.

Respecto a su patobiografía, cabe considerar que el informado manifiesta haber crecido en el seno de una familia cuya figura paterna se caracterizaba por un comportamiento autoritario y/o hostil (físico y/o psicológico).

Asimismo, el peritado experimentó el deceso de su progenitora (a causa de muerte violenta por ahorcamiento) cuando contaba con tan sólo 9 años. Dicha circunstancia fue experimentada adversamente por el informado y lo relata con sentimientos de culpabilidad a lo largo de las entrevistas clínicas dirigidas. Así, según refiere: «... mi madre me pidió que no me fuera. Pero la desobedecí y me fui. Al

tiempo, me enteré que se había ahorcado...». La hermana del informado expuso que, respecto a este episodio y debido a los malos tratos físicos y psicológicos de los que su madre era objeto (violencia sobre la mujer) por parte de la figura del cónyuge, recuerda que las fuerzas policiales le llegaron a preguntar si «realmente su madre se suicidó...».

A raíz de su temprano estado de orfandad materna, el informado expresa que adquirió un conjunto de tempranas responsabilidades en el ejercicio de las tareas hogareñas y del cuidado de su padre.

Respecto a fechas próximas a los hechos de autos, el informado refirió que se sentía «extraño», «enojado con la sociedad», «con pocas ganas de ir con amigos y amistades, ya que todos se reían de mí», lo que ya es indicativo o sugeridor de una posible descompensación psicopatológica en el polo paranoide.

Dicho estado emocional y psíquico alterado se vino a agravar nocivamente tras la revelación de un «secreto de familia» por parte de la figura de su hermana, en la que ésta

relató al informado que, siendo ella aún menor, sufrió abusos sexuales por parte de la figura paterna.

Cabe considerar que, la familia del informado en su día, no deseó que se hiciese constar este episodio familiar de abusos sexuales, debido al factor social estigmatizante de la sociedad de mediados de los años 90 y prefirieron omitirlo.

La narración de los hechos por parte de quien fue víctima, es decir, su hermana, ocasionó la ira del informado agravando su ya adolecido estado psíquico por la irrupción de estado descompensado de tipo de psicótico-paranoide breve y cometiendo, al parecer, los actos posteriores por los que fue enjuiciado y condenado hacia el año 1994 (aprox.): Estos hechos, no fueron otros que quitar la vida a su progenitor lanzándole 3 flechas de una ballesta que resultaron mortales de necesidad.

El informado fue condenado y se le impuso la Medida de Seguridad de internamiento en lugar cerrado, que continua cumpliendo en diversos Centros Penitenciarios.

A lo largo de los años se le fue practicando diversas exploraciones psicopatológicas, de las cuales se desprende que el mismo sufrió un posible estado inicial de trastorno psicótico breve, agudo y transitorio que se desarrolla posteriormente a un trastorno de personalidad; hasta que el Perito autor del presente, lo explora y observa que el informado no presentaba sintomatología psicopatológica alguna a pesar de haber dejado la medicación psicofarmacológica desde ya hacía aproximadamente unos 10 años (de cuándo fue visitado por el Perito que suscribe), observándose que tras dejar la ingesta de los mismos y hasta la presente, jamás volvió a sufrir un episodio de características similares.

II. ¿EN QUE CONSISTE EL TRASTORNO PSICÓTICO BREVE AGUDO Y TRANSITORIO?

Para comenzar, indicaremos que tal entidad se halla entre los trastornos psicóticos (aquellos que hacen que el sujeto activo del delito, sufra una pérdida de contacto con la realidad).

Dos son los manuales diagnósticos en los que se recoge los trastornos mentales, los cuales son: el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales en su versión 4.^a, texto revisado (DSM-IV-TR); actual y recientemente se ha publicado este año 2014 la versión 5.^a actualizándose en sus criterios diagnósticos (DSM-V); y La Clasificación Internacional de Enfermedades, décima versión (CIE-10). Ambos, de manera respectiva, son redactados y revisados por la *American Psy-*

chiatric Association (APA) y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Dichos Manuales diagnósticos sirven para unificar criterios diagnósticos entre profesionales y así aunar un mismo lenguaje profesional entre el colectivo de profesionales expertos en Salud Mental.

Para el Manual Diagnóstico DSM-IV-TR de la APA, el Trastorno Psicótico Breve aparece recogido con código F23.81 y, para ser considerado como tal ha de cumplir una serie de criterios diagnósticos y características que le son inherentes. Nos lo define dicho manual diagnóstico como un trastorno que implica el inicio súbito de síntomas psicóticos, que pueden persistir un lapso de tiempo que abarque desde un día a un mes. La remisión de dicho episodio es completa y el individuo regresa a su nivel funcional anteriorpre-mórbido (estado de normalidad de base). Así, para cumplir con los criterios para el diagnóstico de este trastorno habrán de darse la presencia de uno (o más) de los síntomas siguientes:

1. Ideas delirantes.
2. Alucinaciones.
3. Lenguaje desorganizado (p. ej., disperso o incoherente).
4. Comportamiento catatónico o gravemente desorganizado.

El DSM-IV-TR entiende que pueden presentarse como criterios diagnósticos con dos tipos de desencadenantes:

A) Con desencadenante(s) grave(s) (psicosis reactiva breve) : si los síntomas psicóticos se presentan poco después y en aparente respuesta a uno o más acontecimientos que, solos o en conjunto, serían claramente estresantes para cualquier persona en circunstancias parecidas y en el mismo contexto cultural.

B) Sin desencadenante(s) grave(s): si los síntomas psicóticos no se presentan poco después o no parecen una respuesta a acontecimientos que serían claramente estresantes para cualquier persona en circunstancias parecidas y en el mismo contexto cultural

Según el Manual Diagnóstico CIE-10 (OMS), los Trastornos Psicóticos Transitorios y Breves se diagnostican estableciendo una secuencia diagnóstica que refleja el orden de prioridad, dadas las características clave seleccionadas, incluido el inicio súbito (en el plazo de 48 h) o agudo (más de 48 h pero menos de dos semanas), los síntomas típicos y el malestar agudo asociado.

La epidemiología más frecuente se presenta en pacientes jóvenes (20-30 años), con incidencia superior en sexo femenino e individuos de países en vías de desarrollo pertenecientes a una clase socioeconómica baja. También en sujetos que han experimentado desastres, grandes cambios culturales (inmigración), o sujetos que han experimentado factores estresantes psicosociales mayores.

La alteración no es atribuible a un trastorno del estado de ánimo con síntomas psicóticos, a un trastorno esquizoafectivo o a esquizofrenia y no es debido a los efectos fisiológicos directos de una sustancia (p. ej., una droga, un medicamento) o de una enfermedad orgánica.

Para el CIE-10, el criterio diagnóstico de los Trastornos Psicóticos Agudos y Transitorios, incluyen la aparición de ideas delirantes agudas, alucinaciones, lenguaje incomprensible o incoherente o la combinación de ambos. El intervalo entre la primera aparición de cualquier síntoma psicótico y la presentación desarrollada completamente del trastorno no puede exceder las dos semanas. El criterio de exclusión más habitual es que no debe existir trastorno mental orgánico o alteraciones metabólicas de importancia que afecten el Sistema Nervioso Central (SNC) o encéfalo (entendido como el conjunto del cerebro, cerebelo y resto de órganos pertenecientes a ésta área biológica).

Las manifestaciones clínicas siempre incluyen al menos un síntoma principal de psicosis, habitualmente de inicio repentino, pero que no siempre incluye el patrón sintomático completo observado, por ejemplo en la esquizofrenia.

La evolución y pronóstico es de curso benigno e inferior a un mes. El 50% de los infor-

mados muestran finalmente sintomatología psicopatológica adolecida de manera crónica (esquizofrenia, trastorno del estado de ánimo).

Se observa también confusión y perplejidad durante la psicosis. Poco embotamiento afectivo. Duración breve de los síntomas y curiosamente ausencia de familiares esquizofrénicos.

III. ¿CÓMO SE TRADUCE DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO?

Desde el punto de vista jurídico, la anterior sintomatología sería lógicamente recogida por la Circunstancia modificativa de la Responsabilidad Criminal del trastorno mental transitorio (En adelante TMT), recogida en el artículo 20 de nuestro vigente Código Penal.

El trastorno mental transitorio supone una perturbación de intensidad y efectos psicológicos idénticos a los de la alteración o anomalía psíquica, si bien diferenciada por su incidencia meramente temporal, y por el carácter coyuntural del cuadro anulativo del libre albedrío del individuo (1). Y ello, entiende DE VICENTE, en muchas ocasiones sobre «una base constitucional morbosa o patológica, y en muchas otras, aún sin presuponer tara alguna condicionante o facilitadora de la alteración» (2). La cuestión de la existencia o no de base patológica, ha sido una disquisición controvertida. CARRASCO GÓMEZ, difiere de la opinión anterior, en el sentido de entender que la verdadera situación de TMT «surge en personas sanas, sin fondo patológico y que, ocasionalmente, tienen unas respuestas exagerada o inadecuada frente a situaciones especiales y excepcionales deter-



minadas o tras el consumo de sustancias psicoactivas (3).

De esta forma ALBERCA LORENTE, se refiere al Trastorno mental transitorio como un término recortado y escueto con el que se quiere recoger el «estar» enfermo un sujeto en el momento de cometer un delito, en contraposición al «ser» enfermo de la enajenación, de las formas de locura duradera o permanente (4). LÓPEZ IBOR, consideró que quien actúa por TMT «es como un enajenado que lo fuera por breve tiempo» (5).

De esta forma nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias como la de 27 de abril de 2009 (6), remitiéndose a ella la de 6 de julio de 2001 (7) entiende que «Trastorno mental transitorio afectante de modo hondo y notorio a la imputabilidad, supone una perturbación de intensidad psíquica idéntica a la enajenación, si bien diferenciada por su temporal incidencia» así, consideraríamos con MAZA MARTÍN al trastorno mental transitorio, como «un síndrome o patrón de comportamiento o psicológico con significación y repercusión clínica, que aparece asociado a un malestar, a una discapacidad, al riesgo de morir, de sufrir dolor o pérdida de libertad y que supone deterioro o desadaptación personal, familiar, social o de otras áreas significativas para la persona» (8). Si bien en la anterior sentencia se hace referencia al momento temporal en que incide el TMT y que abordaremos posteriormente, resulta interesante reseñar que la jurisprudencia estima, que «dicho trastorno, con fuerza para fundar la eximente, supone, generalmente, la existencia de una base constitucional morbosa o patológica, sin perjuicio de que en persona sin tara alguna, sea posible la aparición de indicada perturbación, como una reacción vivencial anómala, tan enérgica y avasalladora para la mente del sujeto, que le priva de toda capacidad de raciocinio, eliminando y anulando su potencia decisoria, sus libres determinaciones volitivas, siempre ante el choque psíquico originado por un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza» (9).

Por tanto, cabe entender que para apreciar la existencia de trastorno mental transitorio, no se hace estrictamente necesario que subyazca un determinado trastorno psicopatológico previo, aunque en la mayor parte de los supuestos pueda ser así, considerándose, de la misma manera, que las perturbaciones o reacciones que debidas al hecho vivencial pudieran aparecer, puedan ser consideradas de la misma forma, dado que tal y como se desprende de la jurisprudencia las facultades del agente se hallarían anuladas o mermadas (10).

Cabe preguntarse en este punto qué diferencia existe entre la anomalía o alteración psíquica prevista en el párrafo 1 del art. 20 CP. Y el trastorno mental transitorio, dado que todo apunta a que el mismo, no deja de tener una naturaleza semejante en cuanto a los elementos que la conforman, es decir que diferencia existiría entre el delito perpetrado por un agente afecto de trastorno bipolar en fase de manía y un agente que sin patología ni clínica psicopatológica de base, sufre una reacción a un determinado acontecimiento que le hace colocarse en una situación similar. En este punto MIR PUIG entiende que la diferencia entre ambas categorías modificativas de la responsabilidad estriba sencillamente en que «para que el TMT exima de responsabilidad ha de producir el efecto de inimputabilidad requerido para que una anomalía o alteración psíquica pueda eximir. Lo único que distingue el TMT es su duración y su causa» (11), la incidencia meramente temporal y el carácter coyuntural anulativo del libre albedrío (12).

No obstante las diversas exigencias jurisprudenciales han ido evolucionando a lo largo del tiempo, para considerar el TMT una situación tal, que se pretende tenga incidencia y modifique la imputabilidad, así señalan las SSTs de 22 de febrero de 1991, 30 de septiembre de 1993, 23 de febrero, 7 de julio y 18 de noviembre de 1995 o 6 de mayo de 1997, entre otras, por lo tanto será necesario, lo que sigue:

1.º Que el cuadro clínico tenga un comienzo brusco, agudo y que previamente el sujeto se encontrase «sano».

2.º Que incida sobre el psiquismo de tal manera que anule o disminuya muy intensamente las facultades básicas del obrar en libertad y que sustentan la imputabilidad.

3.º Que sea de breve duración, o de duración «en general no muy extensa», es decir que su evolución sea como el comienzo, de forma aguda. No obstante, no se explicita con precisión en la Jurisprudencia lo que hay que entender por «breve duración». En opinión de CARRASCO GÓMEZ, se trataría de considerar —nunca de manera rígida— desde minutos hasta algunos días (3 a 7). Este tope temporal máximo, siete días, se explica dado que es el tiempo de evolución aproximado que presentan las entidades más duraderas que pueden ser consideradas como TMT, tales como los estados crepusculares o cuadros de trastornos psicóticos por uso de sustancias o por enfermedades médicas, trastornos orgánicos, de las catalogadas en nuestros manuales diagnósticos (DSM-IV-TR, CIE 10).

4.º Que cure sin secuelas. Y esto será así tan sólo en cuadros clínicos de intoxicación aguda por alguna sustancias o en reacciones vivenciales y afectivas, pero no ocurrirá en otros muchos casos en los que sí exista una patología subyacente.

5.º Que no sea autoprovocado, es decir que no haya sido provocado por el que lo padece con propósito de cometer actos ilícitos (*actio liberae in causa*).

6.º Que no sea necesaria la existencia de una base patológica.

En conclusión habrán de probarse, todos y cada uno de los puntos exigidos en la Jurisprudencia y correlacionarlos con las exigencias de los manuales diagnósticos a fin de que se pueda proceder a la correcta probanza de la existencia de este, poco frecuente, pero existente trastorno. ■

NOTAS

(1) AL-FAWAL PORTAL, M., *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y enfermedad mental*, Ed. Librería Bosch S.L., Barcelona, 2013, pág. 92.

(2) DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Resumen técnico trastorno mental transitorio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

(3) TIFFON NONIS, B. N., *Manual de consultoría en psicopatología clínica, legal, jurídica, criminal y forense*, Ed. Librería Bosch S.L., Colección Bosch Penal, Barcelona, 2008, pág. 139.

(4) CARRASCO GÓMEZ, J. J., «La delimitación de los conceptos de anomalía y alteración psíquicas», en *Estudios jurídicos*, Ministerio Fiscal III-1999. *El Fiscal y la Jurisdicción civil*. *Penología. Psiquiatría forense*, vol. III, Centro de Estudios jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999.

(5) *Ibidem*

(6) STS 456/2009, de 27 de abril (LA LEY 58216/2009)

(7) STS 6 de julio de 2001 (LA LEY 1546/2003)

(8) MAZA MARTÍN, J. M., *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal III-1999*, op. cit., pág. 552

(9) STS 27 de abril de 2009 (LA LEY 58216/2009)

(10) AL-FAWAL PORTAL, M., *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, op. cit., pág. 92.

(11) CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., et al, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 22.

(12) DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Resumen técnico trastorno mental transitorio», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 1.

DOSSIER



Dossier

Dossier de los tribunales
sobre probática

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

LA LEY 1756/2014

Dossier de los tribunales sobre probática

Recepción de la probática por nuestros tribunales

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.

Nos ocupamos en esta ocasión del objeto último de esta sección que no es otro que la Probática. Ciencia y, sobre todo, técnica de la prueba de los hechos en el proceso. Como ciencia que es, precisa de una terminología propia, que permita precisar sus conceptos y favorecer su mayor comunicabilidad.

I. INTRODUCCIÓN

En esta ocasión, el enfoque de esta sección va a experimentar un cambio sustancial con respecto a los números precedentes. No se va a abordar el enfoque probático de tal o cual cuestión sustantiva por parte de nuestros órganos jurisdiccionales. Ni tan siquiera se va a analizar un supuesto de valoración de la prueba o un juicio de hecho.

De lo que se trata esta vez es de ocuparnos brevemente del objeto último de esta sección que no es otro que la Probática. Ciencia y, sobre todo, técnica de la prueba de los hechos en el proceso (1). Como ciencia que es, precisa de una terminología propia, que permita precisar sus conceptos y favorecer su mayor comunicabilidad.

La Probática ya tiene un vocabulario técnico, específico, bastante desarrollado. Corroborata tal afirmación la existencia de un diccionario, obra del prof. MUÑOZ SABATÉ (2), que vio la luz hace bastantes años, si bien con un carácter sumamente restringido, al tratarse de una edición privada —por así decir— del entonces Banco Santander Central Hispano.

En el momento presente, el mismo autor se encuentra ultimando un nuevo, más completo y actualizado, *Diccionario de Probática*, cuya publicación se espera antes de que acabe el año, que recientemente hemos inaugurado.

Mientras esperamos —con sumo interés— la aparición de esta obra, nos hemos preguntado por el impacto efectivo que ha tenido la Probática en nuestros órganos jurisdiccionales hasta el momento presente. El mayor o menor empleo de la terminología de una disciplina, en el desempeño cotidiano de la función jurisdiccional, da una idea, bastante cabal, de su real implantación en la praxis forense.

Así pues, nos disponemos a revisar en qué medida las categorías y los términos alumbrados por la Probática son de uso común por nuestros Tribunales y si su recepción ha respetado el sentido que se imprimió a tales conceptos al tiempo de ser acuñados. Para obtener los resultados que presentaremos a continuación, se han rastreado los repertorios jurisprudenciales en busca de todo ese léxico. Y —con resultado desigual— los que siguen son los que hemos conseguido localizar:

II. PROBÁTICA

La expresión capital de la disciplina —por cuanto es la empleada para su designación— aparece con frecuencia, pudiéndose hallar en numerosas resoluciones. Por lo general, se emplea como término sinónimo de «probatorio». Y, en la mayoría de esas ocasiones, se utiliza como adjetivo del sustantivo «fuerza». De modo que la otrora muy extendida expresión «fuerza probatoria» ahora se encuentra modificada, en algunos supuestos, por la de «fuerza probática» [cfr. STS, Sala 1.ª, de lo Civil, 218/2013, de 10 de abril, rec. 2134/2010, FJ 4.º (LA LEY 30432/2013)]. Algo similar acontece con la expresión «fuerza probatoria» que se ha transmutado, en diversas resoluciones, en «fuerza probática» [cfr. SAP Vizcaya, Secc. 3.ª, 28/2008, de 17 de enero, rec. 383/2007, FJ 2.º (LA LEY 52166/2008)]. También se ha hecho mención alguna vez a la «pasividad probática», infiriéndose del contexto en el que se emplea que viene a significar «pasividad probatoria» —en el bien entendido de que una de las partes, en aquel caso, presentó una actitud ciertamente indolente en lo que a prueba se refiere— [STS, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.ª, de 2 de julio de 2010, rec. 2985/2006, FJ 3.º (LA LEY 114380/2010)].

De los resultados obtenidos se desprende que, aún hoy, no se efectúan alusiones a la Probática como disciplina, ni se invocan expresamente sus principios rectores. También es cierto que, como técnica, nuestra Disciplina cobra mayor interés entre los abogados que entre los juzgadores.

III. HEURÍSTICA

Por tal concepto se comprende la investigación o la averiguación de los hechos que luego, eventualmente, se afirman y, en su caso, se prueban. Ciertamente sólo hemos localizado una única aplicación [STS, Sala 2.ª, de lo Penal, 478/2012, de 29 de mayo, rec. 11834/2011, FJ 1.º (LA LEY 122884/2012)]. Pero la misma es sumamente acertada. Se habla de la relevancia «heurística» de unas diligencias de averiguación. Efectivamente, la intervención de unas comunicaciones puede arrojar abundante luz sobre los hechos que se investigan en una instrucción penal.

IV. «CONSTELACIÓN DE HECHOS»

Esta expresión, producto específico de la Probática, se emplea en algunas resoluciones judiciales [cfr. STSJ Madrid, Sala de lo Social, Secc. 1.ª, 843/2009, de 20 de noviembre, rec. 5097/2009, FJ 2.º (LA LEY 264378/2009)], para designar el cúmulo de hechos prototípico de un fenómeno fáctico. Con frecuencia,

se recurre a este término para aludir a los cúmulos de indicios, que, asimismo, constituyen un síndrome indiciario [STC, Sala 2.ª, 136/2001, de 18 de junio, rec. 871/1997, FJ 6.º (LA LEY 4232/2001)].

V. ONUS EXPLANANDI

Se trata, sin duda, de una las aportaciones más interesantes de la Probática. Se considera un indicio endoprocesal (esto es, cuyo desprendimiento se produce *intra processum*). Es sintomático de la falta de razón de uno de los litigantes —en relación con sus afirmaciones factuales— el hecho de que no sea capaz de proporcionar detalles y datos adicionales sobre aquéllas. El término concernido puede traducirse como «carga de la explicitación». Pues bien, en contadas ocasiones se aprecia una aplicación sumamente correcta, tanto de la expresión, como de su significado [cfr. SAP Madrid, Secc. 12.ª, 171/2013, de 6 de marzo, rec. 748/2011, FJ 4.º (LA LEY 63639/2013) y SAP Ciudad Real, Secc. 1.ª, 17/2011, de 18 de enero, rec. 1179/2010, FJ 2.º (LA LEY 7358/2011)].

VI. HECHO MOLAR

El significado de este término —antítesis de la expresión «hecho molecular»— no se deja atrapar sencillamente. Como ahora se dirá, es un concepto relativo. Pero intentemos abordarlo. Con este término se pretende aludir a los hechos que engloban otros menores, hechos complejos, que representan grandes retratos de la realidad. Así, un hecho molar podría ser un accidente de tráfico [como así sucede en la SJ-CA núm. 5 de Oviedo, 157/2007, de 5 de junio, proc. 507/2006, FJ 4.º (LA LEY 317874/2007)], mientras que un hecho molecular del mismo sería la mecánica del impacto o las abolladuras dejadas por la colisión. Pero, obsérvese, por otra parte, que en el mismo supuesto concreto, la mecánica del siniestro podría enfocarse como un hecho molar, mientras que la velocidad o la transferencia de pintura, podrían reputarse hechos moleculares.

VII. INDICIO AXIAL

Dentro de las diversas clases de indicios que existen, ésta reviste un interés particular. Es

un indicio cuya ausencia echa por tierra cualquier pretensión de construir una inferencia presuntiva. Sin embargo, su presencia no es en absoluto determinante. Con un sencillo ejemplo, fácilmente se comprenderá la esencia de este tipo de indicios. Tomemos un caso de simulación contractual. Y observemos cómo la retención de la posesión por parte de quien transmite un inmueble debe encontrarse necesariamente presente para poder apuntar fundadamente al fenómeno simulatorio. Sin embargo, el hecho de que se retenga la posesión, por sí sólo, no permite concluir, sin más, que efectivamente el contrato de compraventa fue simulado [supuesto extractado de STS, Sala 1.ª, de lo Civil, 1283/2006, de 7 de diciembre, rec. 385/2000, FJ 4.º (LA LEY 154711/2006)].

VIII. INDICIOS ENDOPROCESALES

No nos extenderemos en demasía con esta clase de indicios. Ya no sólo porque hemos efectuado una alusión a ellos, unas líneas más atrás, sino porque en otro número de esta colección se trató sobre los mismos de manera singular. Pero eso no quita que subrayemos la relativamente buena acogida que esta categoría ha tenido entre nuestros órganos jurisdiccionales. Como tales, no son otra cosa que indicios conductuales desprendidos en el seno del proceso en marcha [por ejemplo, la renuencia de uno de los litigantes a entregar documentos que le son requeridos; así SAP A Coruña, Secc. 4.ª, 279/2013, de 11 de julio, rec. 301/2013, FJ 4.º (LA LEY 127970/2013)]. Téngase bien presente, por otra parte, que no cabe en absoluto su empleo como elemento de convicción en el proceso penal [cfr. STS, Sala 2.ª, de lo Penal, 151/2010, de 22 de febrero, rec. 2005/2009, FJ 3.º (LA LEY 4026/2010)].

IX. VALENCIA PROBATORIA

Puede tenerse por un término sinónimo de «eficacia probatoria» [SAP Madrid, Secc. 14.ª, 348/2003, de 3 de junio, rec. 826/2001, FJ 5.º (LA LEY 99128/2003)]. El alcance de un determinado método de prueba en la efectiva justificación de una proposición fáctica —y, por ende, en el convencimiento judicial— [SAP Madrid, Sec. 10.ª, de 25 de julio de 2000, rec. 13/1998, FJ 2.º (LA LEY 152952/2000)].

X. FAVOR PROBATIONES

Dentro de las reglas de la carga de la prueba, se encuentra aquélla que favorece a quien tenga mayor dificultad para probar o a quien se encuentre más alejado de las fuentes probatorias. Pues bien, bajo tal expresión se comprende el principio de apreciación de la prueba en beneficio del más débil [SAP Vizcaya, Secc. 3.ª, 77/2008, de 13 de febrero, rec. 539/2007, FJ 2.º (LA LEY 52211/2008)].

XI. INDICIO NECESARIO

En puridad, no existen indicios «necesarios». Lo que puede ser necesario —aunque tampoco sucede realmente— es la inferencia que transita de unos hechos a una conclusión. Se ha dicho que nos encontramos ante indicios necesarios cuando de los mismos sólo —y exclusivamente— se puede alcanzar una única conclusión, con total y plena certeza. No obstante, en las contadas ocasiones en que se ha empleado esta expresión, se ha usado como término antitético a la noción de inferencia abierta e inconcluyente [STS, Sala 2.ª, de lo Penal, 254/2012, de 23 de marzo, rec. 839/2011, FJ 1.º (LA LEY 39708/2012)].

XII. PRUEBA PESQUISITORIA

Como es sabido, no se puede emplear la prueba para averiguar la real existencia de los hechos sino para convencer al juzgador de la justificación de determinada proposición fáctica. No pocas veces, los litigantes dejan para la fase de prueba la tarea de descubrir los hechos, cuando lo correcto es que la misma quede restringida a la antesala del proceso [STS, Sala 2.ª, de lo Penal, 254/2012, de 23 de marzo, rec. 839/2011, FJ 1.º (LA LEY 39708/2012)]. ■

NOTAS

(1) Definición que se basa en una recreación de la proporcionada por MUÑOZ SABATÉ, LL., en *Curso de Probática Judicial*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, pág. 22.

(2) Nos referimos a los *Cuadernos de Probática I y II*, Ed. Banco Santander Central Hispano, 1999.



Dossier

Jurisprudencia sobre
Derecho probatorio

Consulte los textos completos en
www.diariolaley.es

LA LEY 1761/2014

Jurisprudencia sobre Derecho probatorio

Xavier ABEL LLUCH

Profesor Facultad Derecho ESADE. Magistrado excedente. Director del Instituto de Probática y Derecho Probatorio (ESADE-URL)

La primera sentencia precisa el alcance de la motivación conforme a la lógica y la razón, efectuándose distintas interpretaciones de la exigencia de la «lógica y la razón» con las reglas de la sana crítica. La segunda, analiza los requisitos y criterios para poder aplicar la ficta admissio en el interrogatorio de las partes, que no puede aplicarse respecto a un legal representante de una persona jurídica que no ha tenido intervención personal en los hechos enjuiciados. Y la tercera, analiza si el demandado en juicio verbal puede presentar los dictámenes periciales en el acto de la vista o debe aportarlos cinco días antes de la vista, optándose por la primera solución.

I. LA EXIGENCIA DE LA «LÓGICA Y LA RAZÓN» INTERPRETADA CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

STS, Sala Civil, 12 de junio de 2013, Ponente: D. Rafael Saraza Jimena

Interesa reproducir el fundamento jurídico 3.º de la sentencia comentada, que es del tenor literal siguiente: «Valoración de la Sala. Alcance de la exigencia de motivación ajustada a las reglas de la lógica y la razón.

El motivo del recurso no puede ser estimado. Esta Sala en sentencia como la núm. 888/2010, de 30 de diciembre, recurso núm. 1396/2006, y la núm. 232/2012, de 23 de abril, recurso núm. 1008/2009, ha declarado que la «lógica a que se refiere el art. 218.2 LEC es la de la argumentación —entramado argumentativo—, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa al socaire de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre la cuestiones de fondo, dentro de las que se comprenden los juicios de valor en

relación con la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, que corresponden al ámbito del recurso de casación». La exigencia derivada de dicha previsión legal «... se refiere a la exposición argumentativa del Tribunal y no a si es lógica la interpretación jurídica, ni la conclusión de este orden extraída, efectuadas por la resolución recurrida, pues se trata de cuestiones de fondo propios del recurso de casación» (sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo núm. 705/2010, de 12 de noviembre, recurso núm. 730/2007).

Las cuestiones que plantea el recurrente en este motivo afectan a cómo se han abordado jurídicamente por la Sala diversos problemas sustantivos planteados en el litigio, cómo se han enjuiciado en la sentencia recurrida las características técnico-jurídicas de lo que es objeto de protección de la patente (división del problema técnico y de la invención, relación entre reivindicaciones principales y dependientes, trascendencia de las realizaciones preferidas, focalización del juicio de actividad inventiva en un aspecto parcial del problema técnico, unicidad del problema técnico a resolver por la patente, etc.). Son por tanto cuestiones ajenas a las exigencias que se derivan del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La argumentación de la sentencia es lógica y racional. Que el tratamiento jurídico de las cuestiones sustantivas haya sido o no acertado es cuestión ajena a la razón y lógica de la motivación exigidos en el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que solo pueden plantearse a través del recurso de casación, como efectivamente hace la recurrente.»

Hemos traído a colación este fundamento jurídico porque suscita diversas cuestiones sobre la interpretación de la exigencia de la motivación al amparo del art. 218.2 LEC, que podemos formular del modo siguiente: 1.ª) ¿Qué significa motivar una sentencia conforme a la lógica? 2.ª) ¿Cuál es el alcance de la referencia a la lógica y la razón en el art. 218.2 LEC?

1.ª) ¿Qué significa motivar una sentencia conforme a la lógica?

Dispone el art. 218.2 LEC «Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerándose individualmente y en conjunto, ajustándose a las reglas de la lógica y la razón».

La motivación de una sentencia se ha contemplado dogmáticamente desde varias perspectivas, y así gráficamente, IGARTUA se refiere a los tres «perfiles» de la motivación, como *descubrimiento* —del itinerario psicológico de la decisión—, como *encubrimiento* —de las razones alejadas de los motivos de la decisión— y como *justificación* —del resultado del proceso decisorio— (1).

La sentencia comentada opta por esta tercera opción y entiende que la motivación consiste en la justificación, esto es, la exposición de las buenas razones que han llevado al juez a tomar una determinada decisión con respecto al juicio de hecho y con respecto al juicio de derecho. Con ello se descarta la llamada tesis psicologista de la motivación que entiende que ésta consiste en la exposición del proceso psicológico de juez que le ha llevado a tomar una decisión. Y se descarta también la llamada tesis del encubrimiento que sostiene que la motivación viene a ser como un discurso artificial y que disimula los verdaderos motivos de la decisión. Por nuestra parte, entendemos que la tesis de la justificación es la que tiene mejor encaje en la llamada concepción racional de la prueba y es la que eventualmente permite legitimar la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Pues esa «justificación» de las razones va a ser la que va a permitir impugnar la sentencia por las partes y revisar la justificación por un tribunal superior (función



endoprosesal de la motivación) y la que va a permitir su control por la sociedad (función extraprosesal de la motivación).

Ahora bien, entendida la motivación como justificación de las razones de la decisión, el Tribunal Supremo avanza aún un paso más en una doble dirección. Por una parte, afirma que debe separarse la motivación del acierto o desacierto en la resolución. Y por otra parte, afirma que al amparo de la motivación «lógica» no cabe traer a colación cuestiones que son propias del recurso de casación. Ambas afirmaciones merecen ser comentadas.

Motivar, en cuanto expresión de las «buenas razones» que justifican una decisión no alcanza el acierto en la decisión o, expresado en otras palabras, una sentencia bien motivada puede, no obstante, no resultar acertada —en el sentido de «ajustada» a derecho—. Al juez se le pide que exteriorice las razones por las cuales estima probados unos hechos a partir de unos determinados medios de prueba (juicio de hecho) y se le pide que exteriorice también las razones por las que selecciona, aplica e interpreta una determinada norma jurídica (juicio de derecho). Si estas razones son confirmadas por los tribunales superiores se considerará acertada la decisión. Si estas razones son revocadas por los tribunales superiores la decisión se podrá considerar desacierto, pero no inmotivada.

Motivar, en cuanto expresión de las «buenas razones» justificativas de una decisión no autoriza a entrar en cuestiones valorativas que son propias del recurso de casación, como puede ser la interpretación jurídica lógica o la conclusión lógica.

Con esta argumentación el Tribunal Supremo distingue entre: a) la exigencia de motivación, entendida como coherencia formal y resolución fundada en derecho —«exposición argumentativa»— cuya denuncia se incluiría

en el art. 469.1.2.º LEC —como infracción de una norma reguladora de la sentencia—, y b) la motivación lógica y acertada, que se entiende como una cuestión de fondo solo revisable en casación. En efecto, la exigencia de motivación nada tiene que ver con el acierto o desacierto de la argumentación, pues debe distinguirse entre la valoración probatoria y la suficiencia de la motivación, que es una cuestión estrictamente procesal y una exigencia constitucional (art. 120.3 CE), y el error en la valoración de la prueba, que es una cuestión ajena a la motivación, por cuanto el compartir o no compartir los razonamientos de una sentencia motivada, debe combatirse por la vía del recurso de casación.

2.ª ¿Cuál es el alcance de la referencia a «la lógica y la razón» en el art. 218.2 LEC?

La referencia a la «lógica y la razón» en el inciso final del art. 218.2 merece varios comentarios.

Primero, la motivación no se circunscribe a la observancia de las exigencias que se derivan del principio de legalidad, sino que va más allá. Afirma FERNÁNDEZ SEIJO que «la motivación no es más que una actividad lógica de quien resuelve, por lo tanto queda sometida no sólo a reglas jurídicas —principio de legalidad—, sino también a las reglas de la lógica y la razón» (2). De ahí que la motivación integre el parámetro de la legalidad, de la lógica y de la razón, en los términos que veremos a continuación.

Segundo, debe precisarse el alcance de la mención conjunta a las «reglas de la lógica y la razón». En cuanto a este alcance podemos ofrecer distintas interpretaciones:

a) Sector que distingue entre sana crítica y lógica. Se efectúa una referencia explícita a las reglas de la lógica y la razón, pero no a la sana crítica, sistema de valoración de las

pruebas predominante en la LEC, por lo cual la «sana crítica» y la «lógica y la razón» pueden resultar cosas distintas o, cuando menos, no exactamente coincidentes.

b) Sector que identifica (o subsume) la lógica dentro la sana crítica. La finalidad del art. 218.2 LEC es determinar el contenido mínimo legalmente exigible de la motivación, y la referencia a la razón debe interpretarse como una apelación a la recta razón en sintonía con la conocida definición de GUASP de las reglas de la sana crítica como «los criterios normativos ("reglas", pero no jurídicas) que permiten al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva ("sana") para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: "crítica", acerca de una realidad» (3).

c) Sector que integra la lógica en la sana crítica. Las reglas de la sana crítica, en definición breve, son las «reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia». Más descriptivamente son las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia, que permiten fundar una decisión judicial y su revisión *a posteriori* por un tribunal superior. De ahí se puede concluir que la mención a la lógica resulta explícita en el art. 218.2 LEC, mientras que la referencia a la experiencia y la ciencia se encuentra implícita en el término «razón», en reconocimiento que la motivación no se agota en la lógica.

d) Sector que desvincula la lógica de la sana crítica y lo que conecta con el ámbito de la revisión de la valoración probatoria. La referencia a la lógica y la razón en el art. 218.2 LEC no debe ponerse en relación con el contenido de la sana crítica y su alcance, sino más bien con el alcance de la revisión de la valoración probatoria en casación, pudiéndose afirmar que una valoración irracional de la prueba es la frontera que permite su revisión en casación, eso sí, a través de cauce del recurso por infracción procesal (art. 469.1.4.º LEC).

e) Sector que identifica lógica y razón con motivación. La referencia a la lógica y la razón en el art. 218.2 LEC es una simple redundancia y el legislador quiso decir lo mismo porque «lógica» y «razón» en el contexto legal son expresiones sinónimas referidas a la exigencia de motivación.

Tercera, la observancia de las reglas de la lógica y la razón se extiende tanto al juicio de hecho cuanto al de derecho. Se ha afirmado que el juicio de hecho consiste en la «expresión suficiente de un juicio lógico que lleva a tener por acreditados determinados hechos a partir de determinadas pruebas» (4). Y la expresión de un juicio de derecho consiste en la selección, aplicación e interpretación de la norma jurídica que debe resolver la controversia. La motivación fáctica comporta la determinación de qué hechos han quedado

probados, exigiéndose en la sentencia civil un relato de hechos probados como requisito de contenido. Se ha afirmado acertadamente que el relato de los hechos probados es el discurso de justificación de la *questio facti* y, a la vez, el parámetro que permitirá controlar la racionalidad y razonabilidad de la decisión judicial (5).

Ahora bien, ¿a qué lógica nos referimos? Dentro de la motivación hay que distinguir el razonamiento decisorio y el discurso justificativo, y la «lógica del juez» es diversa dependiendo de que se trate de una lógica como instrumento de decisión o como instrumento de justificación (6). Además, si profundizamos en ese proceso psicológico, podemos concluir que ni todos los jueces desarrollan un proceso lógico uniforme, ni siquiera un mismo juez decide todos los asuntos conforme a un mismo proceso mental. Unas veces el juez adoptará la decisión y a *posteriori* buscará la justificación y, otras veces, por el contrario, la decisión es fruto de un lento proceso de decantación, de fijar hechos controvertidos, de interpretar los resultados probatorios y de verificar el juicio de credibilidad de las pruebas. Ni siquiera los jueces más metódicos y sistemáticos en su análisis de los medios de prueba y su plasmación en la sentencia pueden efectuar el recuento de todos y cada uno de los pasos que le han llevado a la decisión judicial.

Cuarta, el ajuste de la motivación de las sentencias a las «reglas de la lógica y la razón» es un *desiderátum* del legislador, pues, según recuerda el tenor literal del art. 218.2 LEC debe observarse «siempre», adverbio temporal que precede inmediatamente a los sustantivos *lógica* y *razón*, y viene referido al sujeto «sentencia». Con ello quiere significarse que la lógica y la razón constituyen unos límites legales y explícitos en la motivación judicial de las sentencias, que de franquearse pueden justificar la revisión del juicio de hecho —y, por tanto, la valoración probatoria— a través del recurso extraordinario por infracción procesal (actualmente al amparo del art. 469.1.4.º LEC).

II. REQUISITOS Y CRITERIOS PARA PODER APLICAR LA *FICTA ADMISSIO* EN EL INTERROGATORIO DEL REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURÍDICA

SAP Madrid, Secc. 12.ª, de 20 de septiembre de 2012, Ponente: D. José María Torres Fernández Sevilla.

Como antecedentes necesarios para la correcta comprensión de las cuestiones analizadas procede dejar constancia de los siguientes extremos: 1.º) Que Europa BBQ España,

S.A., interpuso demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad contra Alimentos y Bebidas Los Pabón, S.L., en reclamación de cantidad, a raíz de la ejecución y desarrollo del contrato de franquicia que las vinculaba, recayendo sentencia estimatoria en la instancia y por la que se condenaba a la demandada al pago de 62.118,38 €, más los intereses legales de dicha cantidad y las costas; 2.º) Que la Juez de 1ª Instancia no dio por confesa a la demandante (*ficta admissio*) ante la incomparecencia de su legal representante para ser sometido a interrogatorio; 3.º) Que consta que la demandada había mantenido toda la relación contractual y los contactos, previos y posteriores, a la conclusión del contrato, no con el legal representante de la demandante, sino con un tal Sr. Enrique, que había sido citado a declarar como testigo, el cual tampoco había comparecido a declarar; 4.º) Que la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid considera acertado que la Juez de Primera Instancia no haya aplicado la *ficta admissio* al no haber intervenido el representante legal de la demandante personalmente en los hechos.

El fundamento jurídico tercero de la resolución comentada se contienen una serie de afirmaciones acerca de la *ficta admissio* numeradas correlativamente en las que merece la pena detenerse, y que se transcribirán literalmente con un comentario añadido.

1.º «Ante todo, requiere el precepto que se haya propuesto el interrogatorio y la parte, consciente de ello, deje de asistir».

El párrafo transcrito contempla uno de los supuestos de la posibilidad de aplicar la *ficta admissio* que es la incomparecencia de la parte citada a declarar (art. 304 LEC), al cual cabría añadir también el supuesto de negativa a responder, o respuestas evasivas o inconcluyentes por la parte llamada a declarar (art. 307 LEC).

La *ficta admissio* es una facultad judicial que consiste en la posibilidad de tener por ciertos en unos hechos a la parte que, habiendo sido a declarar en interrogatorio, bien no ha comparecido, bien se ha negado a responder o ha respondido con evasivas o respuestas inconcluyentes. Como tal facultad judicial es discrecional, si bien la doctrina y la jurisprudencia vienen reclamando que los jueces deben efectuar un uso moderado de tal facultad, y nunca automático, sino ponderando las circunstancias de cada caso.

Existen una serie de requisitos que son comunes a ambas posibilidades y que son los siguientes: a) que la parte haya sido citada en legal forma a declarar; b) la inexistencia de justa causa que justifique la incomparecencia o, en su caso, que exista un deber de guardar secreto; c) el apercibimiento expreso y espe-

cífico en la citación de la facultad judicial de aplicar la *ficta admissio*, no siendo suficiente la expresión «haciendo los apercibimientos legales», apercibimiento que deberá ser efectuado a la propia parte, sin que la asistencia de abogado o procurador eximan de tal requisito. Por lo que respecta al apercibimiento, y al igual que bajo el régimen de la derogada LEC de 1881, se indicará que el juez *podrá* tener por reconocidos los hechos en que hubiera intervenido la parte y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial. Esto es, en la misma citación se hará constar que la *ficta admissio* es una facultad, que no un deber judicial; d) el último requisito es la existencia de hechos perjudiciales para la parte en los que haya intervenido personalmente.

2.º «En todo caso, la sanción de la denominada *ficta confessio*, se deriva de los hechos «en que dicha parte hubiere intervenido personalmente».

Debe ponerse en relación esta exigencia con los requisitos para que el interrogatorio de las partes tenga fuerza de prueba tasada. En efecto, y con la LEC el interrogatorio se configura como una prueba mixta, que mantiene el carácter de prueba tasada, bajo la concurrencia de ciertos requisitos (art. 316.1 LEC), y el carácter de prueba libre, en tanto no concurran los requisitos legalmente exigidos (art. 316.2 LEC).

Así pues, para que el interrogatorio tenga fuerza de prueba tasada será preciso que concurran los requisitos siguientes: a) la intervención personal en los hechos de la parte declarante, lo que significa que la parte ha mantenido cierto protagonismo en los hechos, por lo que su conocimiento puede ser propio y directo; b) el reconocimiento de los hechos como perjudicial para la parte, ahora reforzado por el adverbio «enteramente» (art. 316.1 LEC) y que puede conectarse con la jurisprudencia que venía exigiendo que el declarante «clara, lisa y llanamente, sin necesidad de conectar las respuestas con antecedentes y otras circunstancias, sin necesidad de ninguna interpretación, de forma inequívoca y sin ninguna ambigüedad, el confesante realiza una declaración contra sí» (STS, de 28 de enero de 1997); y c) que el reconocimiento no resulte contradicho por el resultado de las demás pruebas, pues de conformidad con el art. 218.2 LEC los resultados probatorios no se valoran aisladamente sino poniendo en común el resultado de cada uno de ellos con el de los demás.

Por el contrario, el interrogatorio de las partes será de libre valoración de concurrir los requisitos siguientes: a) cuando el reconocimiento verse sobre hechos no personales; b) cuando el reconocimiento verse sobre hechos

favorables al declarante; y c) cuando el reconocimiento ha resultado contradicho por el resultado de las demás pruebas (7).

De ahí que, acertadamente la sentencia comentada restrinja el ámbito de la *ficta admissio* a los hechos en que la parte haya intervenido personalmente. Y como matiza la sentencia comentada esta exigencia es tanto más importante cuando se solicite, como resulta en el caso, el interrogatorio de una persona jurídica.

3.º «La posible *ficta confessio* exige que la parte proponente haga consignar las preguntas que pretendía hacer al confesante incomparado. Sólo así podrá determinarse si se refieren a hechos personales y perjudiciales, y sólo así podrá valorarse otro presupuesto previo: la admisibilidad de la pregunta».

La sentencia comentada incluye para que el juez puede aplicar la *ficta admissio* un requisito no previsto legalmente ni en el art. 304 LEC ni en el art. 307 LEC, consistente en que la parte proponente del interrogatorio haga constar las preguntas respecto de las cuales interesa una eventual *ficta admissio*. Justifica esta exigencia en un doble razonamiento, a saber, por una parte, que al formularse la pregunta el juez pueda declarar su previa pertinencia, y por otra parte, que el juez pueda verificar si la pregunta se refiere a hechos personales y perjudiciales. A nuestro juicio esta exigencia, añadida por la jurisprudencia, tiene un trasfondo o arrastre histórico y nace de hecho que la derogada confesión en juicio se articulaba a través de un pliego de posiciones en el que figuraban ordenadas y numeradas las preguntas que se efectuaban al confesante (art. 581 LEC 1881).

Es cuando menos discutible la exigencia de este requisito, máxime cuando no existe una práctica judicial uniforme al respecto. Podemos preguntarnos qué sucederá en aquellos supuestos en que el juez no haya exigido a la parte proponente que formule estas preguntas o la misma parte proponente no haya asumido la iniciativa de formular estas preguntas. También podemos preguntarnos si practicándose el interrogatorio de las partes en un acto público y con medios de grabación es necesario la «formulación de las preguntas». Aun siendo cierto que tal formulación permite superar el requisito de la admisibilidad de las preguntas y permite identificar los hechos personales y perjudiciales para la parte, no es menos cierto que ningún precepto de la LEC impone tal exigencia. Una posible alternativa sería que, en lugar de tener que formular unas preguntas, la parte pudiera indicar los hechos de los escritos de alegaciones respecto de los cuales interesaría eventualmente la *ficta admissio* de la parte incomparada a declarar, o que se negase a

declarar o cuyas respuestas fuesen evasivas o inconcluyentes.

4.º «Expuesto así el interrogatorio, si el Juez decide acoger el reconocimiento ficticio, se habrá de limitar, lógicamente a aquellos hechos contenidos en las referidas preguntas. Y no, por extensión, a otros o a la generalidad de los manifestados en las alegaciones de la proponente».

La sentencia comentada, en coherencia con lo razonado en el anterior punto 3.º, circunscribe la facultad de la *ficta admissio*, a los hechos contenidos en las preguntas formuladas por la parte proponente del interrogatorio y excluye de tal facultad otros hechos alegados en los escritos de alegaciones. De este modo, y según el razonamiento de la sentencia comentada, podemos encontrarnos con dos tipos de hechos: 1.º) Hechos respecto de los cuales es posible aplicar la facultad de *ficta admissio*, y que son los hechos contenidos en las preguntas formuladas por la parte proponente; y 2.º) Hechos no susceptibles de aplicar la *ficta admissio*, y que serían otros hechos, no incluidos en las preguntas de la parte proponente, como pudieran ser los hechos contenidos en los escritos de alegaciones.

Por nuestra parte, ya nos hemos pronunciado más matizadamente, y no excluimos la posibilidad que el juez pueda aplicar la *ficta admissio* respecto de hechos contenidos en los escritos de alegaciones, aun no habiéndose formulado una concreta pregunta.

5.º «Finalmente, la consecuencia prevista en el artículo 394 es una simple facultad, y en modo alguno una consecuencia automática ni menos aún imperativa. En ello han abundado los pronunciamientos de los Tribunales».

Esta última afirmación de la sentencia comentada recoge una doctrina jurisprudencial pacífica y reiterada, según la cual la *ficta admissio* debe configurarse como una facultad judicial en el momento de dictar sentencia, pero no como un deber. Ello significa que, aun concurriendo todos los requisitos legales para poder aplicar la *ficta admissio*, el juez, llegado el momento de dictar sentencia, pueda optar por no aplicar dicha facultad. Junto a ello se afirma que no es una «consecuencia automática» con lo cual quiere afirmarse que la facultad de *ficta admissio* debe someterse a una previa ponderación judicial a la vista de las circunstancias del caso, y del acervo probatorio existente en las actuaciones.

En el caso comentado, no se aplicó la *ficta admissio* por la Juez de Primera Instancia, en razonamiento confirmado por la Audiencia Provincial, y que también compartimos, porque la persona física respecto de la cual se interesaba tal *ficta admissio* era el legal repre-

sentante de la demandante, y que la propia demandada proponente del interrogatorio reconocía que no había tenido intervención personal en los hechos enjuiciados, faltando, por ende, uno de los requisitos esenciales para poder aplicar tal facultad.

III. MOMENTO PROCESAL PARA APORTAR LOS DICTÁMENES PERICIALES EN EL JUICIO VERBAL

SAP Almería, Secc. 3.ª, de 30 de julio de 2013, Ponente: D. Jesús Martínez Abad.

La cuestión planteada es la relativa a si el demandado en juicio verbal puede presentar los dictámenes periciales en el acto de la vista o debe aportarlos cinco días antes de acuerdo con el art. 337.1 LEC.

Para una correcta respuesta a la cuestión planteada preciso es comenzar reproduciendo el contenido del actual art. 337.1 LEC, en su redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Procesal, cuyo tenor literal es el siguiente: «Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o la contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista al juicio verbal».

La respuesta a la cuestión planteada, tal como apunta la sentencia comentada, pasa por la distinción entre juicios verbales con contestación a la demanda por escrito y juicios verbales con contestación a la demanda oral en la propia vista. En los primeros (con contestación escrita) es de aplicación el art. 337.1 LEC y deberá aportarse el dictamen pericial cinco días antes de iniciarse la vista del juicio. En los segundos (con contestación oral) no es de aplicación el art. 337.1 LEC y habrán de aportarse los dictámenes periciales por el demandado en el acto de la vista. En apoyo de esta tesis pueden aducirse los siguientes argumentos.

1. Norma general de aportación de dictámenes periciales en los juicios verbales con contestación oral. Esta norma general la constituye los arts. 265.1.4 y 336 LEC que regulan el momento de aportación de los dictámenes periciales a instancia de las partes. En efecto, el art. 265 LEC se ubica dentro del Capítulo III, rubricado de la presentación de documentos, dictámenes, informes y otros medios e instrumentos, y en su apartado 1.º, número 4.º, establece un tratamiento procesal uniforme para la presentación de los documentos

fundamentales y de los dictámenes periciales y que fija en los escritos de alegaciones, sea «para información de la parte contraria» —en justificación de la prueba documental, extensible también a la prueba pericial (Exposición de Motivos LEC, epígrafe X, párrafo 12)—, sea para dar soporte a las alegaciones vertidas en la demanda y la contestación a la demanda. Y el art. 336 LEC, ya en sede de dictámenes periciales, establece, tal como se deduce inequívocamente de su rúbrica, la aportación con la demanda y la contestación a la demanda de los dictámenes elaborados por peritos designados por las partes.

La ficta admissio es una facultad judicial que consiste en la posibilidad de tener por ciertos en unos hechos a la parte que bien no ha comparecido, bien se ha negado a responder o ha respondido con evasivas

Ambas normas establecen, por tanto, que la aportación de los dictámenes periciales debe efectuarse junto con los escritos de alegaciones. Ello significa que, para el juicio ordinario, deberá efectuarse por el actor con la demanda y por el demandado con la contestación a la demanda. Y para el juicio verbal, deberá efectuarse por el actor con la demanda y por el demandado en la vista, que es el momento en que se efectúa la contestación oral a la demanda.

2. La concordancia entre los arts. 265.1.4.º y 336 LEC. Ambos regulan la aportación de los dictámenes periciales a instancia de parte y establecen que deberá efectuarse con los escritos de alegaciones, esto es, con los trámites de demanda y contestación a la demanda. En el juicio verbal es el acto del

juicio donde se verifica la contestación a la demanda.

Aun cuando ambos artículos se encuentran ubicados en sedes diferentes, el art. 265 LEC para la aportación de documentos y dictámenes, y el art. 336 LEC, en el capítulo destinado a la regulación de la prueba pericial, la normativa que se desprende de ambos es coincidente en cuanto a sentar una regla general para la aportación de los documentos fundamentales y de los dictámenes en la fase inicial de alegaciones.

3. Norma excepcional de aportación de dictámenes. Esta norma excepcional la constituye el art. 337 LEC, que regula el supuesto en que los actores no pueden aportar sus dictámenes con la demanda y la contestación a la demanda, sino que lo «anuncian» para su aportación en un momento posterior. Regula, por tanto, un supuesto excepcional referido al «anuncio» de dictámenes cuando no fuera posible su aportación con demanda y contestación a la demanda.

La excepcionalidad del art. 337 LEC ya se anticipa en la rúbrica del propio artículo que alude al «anuncio» y a la «aportación posterior», dando a entender que se trata de una excepción frente a la regla general de la aportación inicial con los escritos de alegaciones. Y también son muy significativos los términos condicionales con que se encabeza el apartado 1.º del art. 337 LEC al afirmar: «Si no les fuese posible a las partes aportar los dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación,...», al tratarse de una oración de sentido inequívocamente condicional que contempla un supuesto distinto al de la regla general de la aportación junto con los escritos de alegaciones iniciales. Esa misma excepcionalidad remarca la sentencia comentada al afirmar, en su fundamento jurídico segundo, que «el art. 337 LEC [...] regula los supuestos en los que las partes no pueden aportar los dictámenes periciales en la fase de alegaciones, y por ello lo “anuncian” en sus es-

critos de demanda y contestación; es decir, se trata de una norma excepcional, únicamente prevista para esta eventualidad, no para la norma general del juicio verbal en el que siempre es oral la contestación a la demanda».

4. El art. 337.1 LEC no es aplicable a los juicios verbales con trámite de contestación oral. En este tipo de juicios el demandado contesta oralmente a la demanda en el acto de la vista, y es en ese momento cuando ha de aportar el dictamen pericial, sin que pueda demorarse a un momento posterior, ni anticiparse a un momento anterior.

5. La doctrina contenida en la STC de 26 de marzo de 2007, que, en la parte que interesa, y con respecto al momento de aportación de los dictámenes periciales afirma: «Los arts. 265.1.4 y 336 LEC hacen referencia al régimen general de la aportación de los dictámenes periciales a instancia de las partes. Estos preceptos establecen el momento procesal preclusivo de su aportación, que coincide con la presentación de los escritos de demanda y de contestación a la demanda (también rige esta regla en los casos de demanda reconvenional y de contestación a la misma) en el juicio ordinario; en el juicio verbal, debido a que la contestación a la demanda se realiza oralmente en la vista, el dictamen aportado por el demandado debe introducirse al tiempo de la contestación oral, es decir, en la vista (arts. 265.4 y 336.1 y 4 LEC)». Y añade también sobre el alcance del art. 337 LEC y la aportación posterior de dictámenes: «Por otra parte el art. 337 LEC no resulta aplicable en la situación que se produjo en el caso, pues regula los supuestos en los que las partes no pueden aportar los dictámenes periciales en la fase de alegaciones, y por ello lo «anuncian» en sus escritos de demanda y contestación; es decir, se trata de una norma excepcional, únicamente prevista para esta eventualidad, no para la norma general del juicio verbal en el que siempre es oral la contestación a la demanda» (8). ■

NOTAS

(1) IGARTÚA SALAVERRÍA, J., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Político y Constitucionales, Madrid, 2003, págs. 61 a 63.

(2) FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Comentario al art. 218 LEC», en *El Proceso Civil*, vol. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 1610.

(3) GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, vol. 1.º, 2ª parte, M. Aguilar, editor, Madrid, 1947, pág. 647.

(4) GARCÍA CASAS, J., *La valoración conjunta de la prueba*, Rev. Tribunales de Justicia, 2002, núm. 7, págs. 11.

(5) COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las resoluciones judiciales: sus exigencias constitucionales y legales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 188.

(6) TARUFFO, M., *La motivación de la sentencia civil*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, pág. 207.

(7) FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *Comentario al art. 316 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, Ed. Atelier, Barcelona, 2000, pág. 1510, efectúa un listado de declaraciones de las partes que quedan sujetas a las reglas de la sana crítica.

(8) STC, Sala 2.ª, de 26 de marzo de 2007, FJ 4.º.



Preguntas con respuesta

La prueba a consulta

LA LEY 937/2014

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.

Puede dirigir sus consultas a la dirección de correo electrónico diariolaley@wke.es

La primera cuestión analiza el valor probatorio de las transacciones efectuadas a través de las redes sociales y los problemas, sobre todo de autenticidad, que se plantean. El segundo aporta soluciones para probar la capacidad económica en los procesos de familia haciendo especial referencia al cauce que ofrece el art. 440.1 in fine LEC para solicitar respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas.

I. ¿CUÁL ES EL VALOR PROBATORIO DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CELEBRADO A TRAVÉS DE UNA RED SOCIAL?

Flor K. ZAMBRANO FRANCO

Abogada

Las redes sociales —cada vez con mayor frecuencia— están siendo incorporadas a los procesos judiciales, como fuentes de prueba de las afirmaciones de hechos de las partes en procedimientos de variada naturaleza. En el caso que se nos plantea, podríamos comenzar aseverando que estas redes están siendo empleadas como una especie de «tiendas virtuales» en las que se realiza toda clase de negocios jurídicos. Estas páginas web aún cuando se diferencian en su naturaleza del resto, no dejan de estar constituidas en un sitio web. En tal sentido, tienen su asidero legal en el art. 384 LEC, como un instrumento que permite guardar, conocer y reproducir elementos de interés para el proceso (1).

El contrato de compraventa ha sido en los últimos tiempos uno de los más comúnmente celebrado en estos espacios virtuales, ya que, con la sola publicación del *objeto* y el *precio* del contrato por una parte, y por la otra, la *aceptación*, el contrato automáticamente queda perfeccionado de conformidad con lo que establece el art. 1445 CC.

Tal parece que la pregunta planteada apunta hacia los elementos que debe tener en cuenta el juez para una correcta valoración del contrato de compraventa en el contexto de la *red social*, en el entendido de que el contexto público en el que se materializa el contrato demanda una atención especial a varios aspectos conexos al mismo.

El ámbito que pudiera abarcar esta consulta, se reduce a una eventual demanda como remedio ante un eventual incumplimiento de contrato (cumplimiento forzoso, indemnización por daños y perjuicios o resolución de contrato).

A los fines de dar respuesta al caso planteado, consideramos que el juez debe tener en cuenta tres elementos para valorar un contrato de compraventa suscrito a través de una red social, a saber:

1. Presencia de los elementos de *existencia* del contrato

En primer lugar, el juez debe verificar que el contrato celebrado reúna los elementos de *existencia* de los contratos de compraventa: *objeto*, *precio* y *consentimiento* (art. 1445 CC).

Aquí pudiera plantearse un gran problema si por ejemplo, el comprador alegare algún vicio en el consentimiento; en tal caso, recaerá sobre la parte que alegue el vicio la carga de probar el error, dolo o violencia.

El juez, deberá tomar en cuenta la *verosimilitud* (2) de los hechos alegados de cara a las pruebas promovidas, ya que, si por ejemplo, el comprador reconoce el contrato de compraventa pero opone un vicio en el consentimiento de error en el objeto, el juez, a los fines de esclarecer el asunto, deberá verificar si en la red social se publicó una foto específica del objeto que corresponde con la venta y si el consentimiento fue directamente expresado en el mismo espacio en el que se encontraba la foto con lo cual resulta imposible el error, ello a los fines de descartar la posibilidad del error.

2. Naturaleza y contenido de los «Usuarios Registrados Activos» (3)

La inscripción del nombre del usuario que se haya registrado, así como el contenido que se publique en la red social de quien haya fungido como eventual vendedor, va a constituir un elemento de importante *relevancia* al momento de valorar el instrumento de prueba. Así las cosas, por ejemplo, el registro de un usuario denominado: «Cristóbal Fernández», no tiene la misma naturaleza que el registro de una cuenta registrada con el siguiente nombre «Compra de repuestos en Brasil». Resulta evidente que la primera se configuró (en principio) bajo el círculo del área particular de la persona, mientras que la segunda reviste un carácter comercial muy marcado. Atendiendo al contenido de las publicaciones allí puestas, el juez puede verificar con relación a la cualidad del vendedor (en el caso de que esté siendo discutida) si se trata de un auténtico vendedor y si la publicación que dio origen al contrato de compraventa, deviene de una actividad regular y permanente.

En el caso del comprador, también hay elementos en el usuario que pueden coadyuvar en la valoración del contrato suscrito a través de la red social, como por ejemplo, que ese usuario ya haya realizado otras compras a través de redes sociales o que haya realizado «comentarios» alusivos a la cosa objeto de la venta, previos a la manifestación del consentimiento.

3. Verificación de la autenticidad del contrato de compraventa

Quizá el más complejo de los problemas que plantea un contrato de compraventa celebrado en una red social es el de su autenti-

cidad, ya que, por carecer de firma electrónica, se deberá acudir a medios auxiliares de prueba tales como la prueba de reconocimiento judicial y la prueba de peritos, a los fines de determinar en primer lugar, si el contrato efectivamente se encuentra en la página web de la red social que se haya señalado por las partes, y en segundo lugar, la constatación a través de los peritos de la correspondencia del instrumento con las partes involucradas en el procedimiento.

Finalmente, consideramos que el juez debe tomar en cuenta elementos inherentes a condiciones de *modo* de la celebración de contratos en redes sociales, que a nuestro parecer resultan de tres órdenes: i) celebración del contrato por mensajes privados; ii) celebración del contrato en un espacio de «amigos» o personas seleccionadas que tenían acceso a la información colgada en la red social, y iii) contratos celebrados en el área pública del sitio web, al cual, cualquiera puede tener la información que hayan publicado las partes (4).

II. ¿CÓMO SE ACREDITA LA CAPACIDAD ECONÓMICA DE LA PARTE DEMANDADA EN EL PROCESO DE FAMILIA? ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 440.1 IN FINE DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Roser PALLEROLS VIDAL
Abogado

Como cuestión previa, debe señalarse que en el juicio verbal es de gran relevancia que las pruebas se practiquen bajo los principios

de unidad de acto y con la debida contradicción, que permita a las respectivas defensas, en igualdad de armas y bajo la inmediación judicial, examinar en el acto de la vista las pruebas documentales que obren en autos y proceder a interrogar a las partes y a las personas cuya presencia se haya admitido como testigos o peritos. Ello asimismo permite que esos interrogatorios, en ocasiones con exhibición de documentos, no sólo se dirijan a la defensa de las pretensiones de la parte, sino que también pueden ser de utilidad para desvirtuar las alegaciones y pretensiones de la parte contraria.

La observancia de esos principios, así como del principio de que ninguna de las partes quede en indefensión, exige que aquellas tengan conocimiento desde el inicio del procedimiento judicial de todos los elementos sustanciales en los que la adversa funda su pretensión.

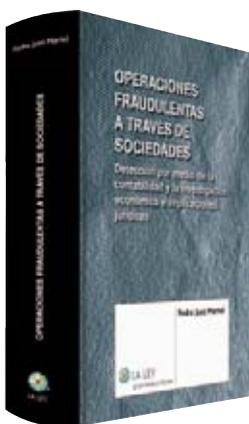
Dichas premisas resultan además del apartado IX de la exposición de motivos de la LEC, de los arts. 135 y 290, así como de los arts. 264, 265, 269, 440.1.º, 770.1.º y 4.º y 771.3.º del referido cuerpo legal, que regulan el régimen normativo de la presentación de documentos.

Para que ello sea posible resulta necesario obtener las fuentes de prueba con anterioridad al acto de la vista. No obstante, no siempre tenemos a nuestro alcance, en el momento de interponer la demanda o en el caso del juicio verbal con contestación oral (medidas provisionales coetáneas o medidas provisionalísimas), esas fuentes de prueba que nos permitirán acreditar la capacidad económica de la adversa.

OPERACIONES FRAUDULENTAS A TRAVÉS DE SOCIEDADES



NOVEDAD



- Detección por medio de la contabilidad y la investigación económica e implicaciones jurídicas
- Una visión sencilla para el jurista no especializado en balances

Libro fruto de una intensa recopilación tanto de las prácticas más usadas para realizar operaciones fraudulentas a través de sociedades, como de las armas jurídicas que se disponen contra ellos. Cómo detectarlos a través de la contabilidad y la investigación económica, las consecuencias jurídicas de las mismas y las estrategias a seguir, son el objetivo fundamental de la obra que aquí se ofrece.

Páginas: 576 / Encuadernación: Tapa dura / ISBN: 978-84-9020-255-5

AUTOR: **Pedro Juez Martel**

5% de DESCUENTO
por compras
en Internet

PRECIO: ~~59,62~~ € + IVA

AHORA:

56,64 € + IVA

La reforma operada en la LEC por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, introdujo un último inciso al tercer párrafo del art. 440.1.º, cuyo tenor literal, que se señalo en negrita, es el siguiente:

«La citación indicará también a las partes que, en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el Secretario Judicial a la vista para que declaren en calidad de partes o de testigos. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación En el mismo plazo de tres días podrán las partes pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en el art. 381 de esta Ley».

Esa previsión legal resulta de gran utilidad en los procesos de familia para conseguir traer al procedimiento aquellas fuentes de prueba que de las que no podamos disponer y que resulten útiles para acreditar la capacidad económica de la contraparte, pues de este modo se evitará la apertura de periodos probatorios con posterioridad al acto de la vista y se podrá, si es de nuestro interés, interrogar a la contraparte y testigos sobre dichos documentos.

Son múltiples los supuestos en que nos puede interesar pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas. A título de ejemplo, los supuestos que se exponen a continuación.

Es frecuente que nuestro cliente ignore los reales emolumentos que percibe su cónyuge. Un oficio a la empresa para la que presta sus servicios, interesando que libre certificación al Juzgado de los emolumentos que, por todos los conceptos, ha percibido en el último año así como los que percibe en la actualidad, permitirá que obre en el procedimiento en el acto de la vista esa información que no esta a nuestro alcance.

Igualmente, ocurre con frecuencia que el cliente presume que su cónyuge resulta ser titular de cuentas privativas, o productos financieros o administrativos de valores, así como si es titular, usuario, titular adicional, beneficiario o titular de tarjeta corporativa o empresarial de débito o de crédito. A los efectos de poder tener conocimiento de dichos extremos se puede interesar que se libre oficio a las entidades bancarias con las que la parte contraria, según presunción del cliente, opere a fin de que libren y remitan al Juzgado certificación acreditativa de tales extremos, con expresión de movimientos y saldos desde, el período que nos interese conocer.

Es posible también que el cónyuge del cliente haya dejado de prestar sus servicios para la empresa en la que venía trabajando, ignorando si fue se trató de una baja voluntaria o de un despido y en tal caso de que tipo, así como al indemnización y finiquito que percibió. En este supuesto, resultará también de gran utilidad que la empleadora responda por escrito.

Evidentemente, es imprescindible que en el escrito por medio del cual se peticionen esos medios de prueba, se hagan constar los datos y circunstancias de la persona jurídica o entidad pública a la que debe remitirse el oficio, así como los nombres y apellidos y DNI de la persona sobre la cual deben informar por escrito al Juzgado.

No obstante, debe ponerse de manifiesto que, a pesar de solicitar dentro de los tres días siguientes a la citación para vista esas respuestas escritas, es facultad del Juzgador admitir esa prueba documental. Por ello, es recomendable que en el escrito se argumente sucintamente la utilidad y relevancia de obtener esa fuente de prueba para poder acreditar en debida forma la capacidad económica de la contraparte y en base, a ella la procedencia y ponderación de las prestaciones económicas objeto de controversia.

Igualmente, deben señalarse los problemas que en la práctica ocasiona este corto plazo de tres días, pues cuando se ha de intervenir en defensa de la parte demandada, ocurre con frecuencia que cuando el cliente acude al despacho, han transcurrido ya esos tres días desde que recibió la citación para la vista. Ante esta situación, el letrado ha de intentar conseguir esas respuestas escritas. Y, para ello, puede ampararse en el derecho de tutela efectiva, que como tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 40/1994, de 15 de febrero) se satisface mediante el acceso de las partes al proceso sin limitación de garantías ni impedimento alguno para alegar y demostrar en el proceso los propios derechos. En el mismo sentido, si el objeto de controversia se centra en la cuantía de la pensión de alimentos que se interesa se determine a favor de los hijos menores, es decir, si se trata de una cuestión de derecho no dispositivo, puede apoyarse en el art. 752.1 LEC que dispone: « Los procesos que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el proceso».

Huelga decir que, de no haber solicitado dentro de esos tres días esas respuestas escritas siempre se podrán interesar en el acto de la vista, según resulta de los arts. 770.4.º.II, 771.3, 773.3, 774.2, 775.5 LEC. ■

NOTAS

(1) En este sentido ver ABEL LLUCH, Xavier en *Derecho Probatorio*, Bosch Editor, 2012, págs. 1019 a 1020, quien se refiere a la regulación de la página web de conformidad con lo establecido en el art. 384 LEC.

(2) Ver TARUFFO, Michele, *La Prueba de Los Hechos*, 2.ª ed., Ed. Trotta, 2005, pág. 185. Este autor define la verosimilitud como: «el grado

de capacidad representativa de una descripción respecto a la realidad».

(3) La página web de facebook (<https://www.facebook.com/legal/terms>) define al «Usuario Activo» en el numeral 8.º del art. 18 de su *Declaración de Derechos y Responsabilidades de la siguiente forma: «El término "usuario registrado activo" se refiere al usuario que ha entrado en Facebook al menos una vez en los últimos 30 días».*

(4) Recientemente STSJ Asturias, Sala de lo Social, 1333/2013, en un caso en el cual se consideró válido un despido por unas fotos subidas al facebook; el Tribunal falló que al no estar limitadas las fotos, el Tribunal las obtuvo libremente. Falló lo siguiente: «para acceder a las mismas dado que no estaba limitado el acceso al público, de modo que se obtuvieron libremente pues al estar "colgadas" en la red pudieron ser vistas sin ningún tipo de limitación».



rincón DELECTURA



LA LEY 1866/2014

Estudios sobre prueba penal. Volumen III. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: diligencias de instrucción, entrada y registro, intervención de comunicaciones, valoración y revisión de la prueba en vía de recurso.

Autores: ABEL LLUCH X. y RICHARD GONZALEZ M. (Directores), GARCÍA MUÑOZ, P. L.; MARCA MATUTE J.; PLANCHAT TERUEL, J. M.; PICO JUNOY, J.; RIFÁ SOLER, J. M.; CASANOVA MARTI, R. y DE MIRANDA VAZQUEZ, C.

Edita: Editorial La Ley, Madrid 2013, 555 páginas

La obra contiene el tercer y último volumen de la colección dedicada al *Estudio sobre prueba penal*, impulsada por el INSTITUTO DE PROBÁTICA Y DERECHO PROBATORIO de la Facultad de Derecho ESADE (URL). Durante casi cuatro años un equipo de investigadores integrado por Magistrados y Profesores Universitarios expertos en Derecho Procesal Penal ha ido reflexionando sobre los temas más candentes en prueba penal y elaborando sus estudios doctrinales que han sido debatidos en sesiones de investigación.

Consta de dos partes claramente diferenciadas. En una primera parte se estudian lo que podríamos denominar actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal. Entre estos, el valor probatorio de las diligencias de instrucción; las diligencias de entrada y registro; la intervención de las comunicaciones postal y telefónica o los medios de investigación tecnológica. En una segunda parte, se abordan temas que podríamos calificar, desde una visión procesalista, como de procedimiento probatorio. Entre estos: la práctica de la prueba en el juicio oral; la valoración de la prueba, con especial consideración a la prueba indiciaria y la impugnación y la revisión de la prueba mediante los recursos ordinarios y extraordinarios en el proceso penal.

En definitiva, con la serie «Estudios sobre Prueba Penal» (2010-2013) se pretende dar respuesta a los problemas a los que se afrontan los juristas ante una legislación penal, cada vez más fragmentaria, y una realidad que plantea nuevos desafíos como los derivados de la investigación tecnológica. ■



rincón DELECTURA

LA LEY 1867/2014

Neurociencias y Proceso Judicial

Autores: TARUFFO MICHELE y NIEVA FENOLL, J.

Edita: Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, 184 páginas



La neurociencia parece estar delimitando de forma —quizás— inevitable las fronteras del conocimiento humano de la realidad, constatación que está influyendo ya decisivamente en el estudio del proceso judicial. Actualmente es obligado saber qué es la FMRI, o resonancia magnética funcional por imágenes, para conocer los últimos avances prácticos —es difícil decir teóricos— tanto en materia probatoria como en la elaboración del juicio jurisdiccional. Hoy en día podemos averiguar aspectos relevantes para el juicio que hasta ayer mismo eran ciencia ficción. Está comenzando a determinarse, por ejemplo, si la configuración orgánica cerebral de una persona le ha llevado, no ya a

cometer un delito, sino a actuar de una determinada manera, lo que encierra ventajas enormes, pero también riesgos igual de relevantes. También empieza a ser posible averiguar el grado de sufrimiento anímico de una víctima, lo que resulta esencial en el cálculo de los daños morales. Asimismo hay quien investiga, con esta técnica, en el campo de la detección de mentiras. Aunque esto último todavía está lejos de ser una realidad científica, se vislumbra que existe, al menos, cierto camino por recorrer.

El presente libro aborda todas esas cuestiones, junto a las no menos importantes en torno al estudio de la voluntad humana, determinante para la propia existencia del Derecho, así como a la puesta en cuestión de las nociones habituales de imparcialidad o valoración de la prueba, entre otras. En definitiva, se abre una nueva fase en el estudio del enjuiciamiento con la que todos los juristas, inevitablemente, nos tendremos que enfrentar. De hecho, como seres humanos, ya nos enfrentamos con la misma, aunque sin ser conscientes de ello. ■



rincón DELECTURA

LA LEY 1868/2014



Informática Forense, 44 casos reales

Autor: MARTÍNEZ DE CARVAJAL HEDRICH, E.,

Edita: Ed. Ernesto Martínez de Carvajal Hedrich, 1.ª ed., 2012, 284 páginas

Completa obra sobre el peritaje informático en la que se trata todas las cuestiones relativas a esta apasionante actividad, incluyendo numerosos ejemplos de casos reales, en muchos de los cuales ha participado el autor como perito, con el objeto de que, además de instruir, el lector se divierta y participe activamente en su análisis.

Incluye 44 casos reales sobre temas diversos tales como: Accesos ilícitos, sabotajes, sustracción de información, manipulación de datos, falsificación de documentos, falsificación de tarjetas de crédito, bomba lógica, ingeniería social, abuso de los sistemas informáticos, pornografía infantil, incumplimiento de contrato, delitos contra la propiedad intelectual, delitos contra la propiedad industrial, competencia desleal, resolución de crímenes mediante Internet, concurrencia de dictámenes contradictorios, intento de recusación de un perito judicial, reclamación del pago de honorarios, rotura de la cadena de custodia, contra peritajes y careos entre peritos. ■

Acceda, en cualquier momento y lugar al **primer quiosco jurídico y empresarial en la red**

Más de 30 revistas clasificadas en 9 categorías

Suscripciones por revistas, categorías o a todo el portal



<http://revistas.wke.es>

 Wolters Kluwer | **Revistas**

- **Análisis doctrinal**
La opinión de confianza siempre fundada en Derecho...
- **Crónica de Tribunales**
Todas las sentencias que debe conocer...
- **Actualidad normativa**
Lo que se publica y lo que se publicará...
- **Documentos e informes de organismos oficiales**
La documentación que puede condicionar sus decisiones...

¿Qué más necesita?!

 LA LEY
diario

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. 28231 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, 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 Amaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Julià

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

Printed in Spain

 LA LEY
grupo Wolters Kluwer



© 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).

ISSN: 1138-9907

D.L.: M-11197-2012