



## Práctica Forense

Estrategias del perito en el acto del juicio oral

9



## Práctica Forense

Reflexiones de un perito ante la prueba pericial

11



## TRIBUNA

LA LEY 17369/2011

# La prueba de los hechos negativos en los arrendamientos (no uso, no ocupación, no actividad)

Joan CREMADES MORANT

Magistrado. Presidente de la Sección 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona

«El presente artículo estudia una serie de causas de resolución del arrendamiento, a instancias del arrendador, por no uso, no ocupación del piso o falta de uso o actividad del local; en base singularmente a resoluciones de la citada Sección 13.<sup>a</sup> (cuyo criterio coincide sustancialmente con el de la Sección 4.<sup>a</sup>, dedicadas ambas en exclusiva a la materia arrendaticia). El interés del artículo se centra en la prueba de estos hechos negativos. Esta carga probatoria de los hechos negativos por parte del actor, tiene mayor dificultad que la postura del demandado, que puede limitarse a la negación de las alegaciones vertidas en demanda. Por ello, el estudio de la casuística nos aporta luz sobre los extremos de la carga de la prueba del actor.»

Los otros discípulos dijeron a Tomás: «¡Hemos visto al Señor!» Él les respondió: «Si no veo la marca de los clavos en sus manos, si no pongo el dedo en el lugar de los clavos y la mano en su costado, no lo creeré».

Ocho días más tarde, estaban de nuevo los discípulos reunidos en la casa, y estaba con ellos Tomás. Entonces apareció Jesús, estando cerradas las puertas, se puso en medio de ellos y les dijo: «¡La paz esté con vosotros!».

Luego dijo a Tomás: «Trae aquí tu dedo: aquí están mis manos. Acerca tu mano: métela en mi costado. En adelante no seas incrédulo, sino hombre de fe».

Tomás respondió: «¡Señor mío y Dios mío!». Jesús le dijo: «Ahora crees, porque me has visto. ¡Felices los que creen sin haber visto!».

Juan 20:24-29

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, socio de Dret Privat,  
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  
Joan Cremades Morant  
Juan Francisco Orellana de Castro  
Sergio Menéndez Fragua

Carlos de Miranda Vázquez  
Jordi Muñoz-Sabaté Carretero  
Abraham Pasamar Navarro  
Luis Ubalde Claver

Luis Ubalde Serra  
Manuel Richard González

## sumario

### Tribuna

La prueba de los hechos negativos en los arrendamientos (no uso, no ocupación, no actividad)

Joan CREMADES MORANT 1

### Práctica Forense

Estrategias del perito en el acto del juicio oral

Juan Francisco ORELLANA DE CASTRO 9

Reflexiones de un perito ante la prueba pericial

Luis UBALDE SERRA 11

### Dossier

Dossier de los tribunales sobre probática

Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ 13

Jurisprudencia sobre derecho probatorio

Xavier ABEL LLUCH y Manuel RICHARD GONZÁLEZ 15

### Preguntas con respuesta

Preguntas con respuesta: la prueba a consulta

Jordi MUÑOZ-SABATÉ I CARRETERO, Abraham PASAMAR NAVARRO y Sergi MENÉNDEZ FRAGUA 19

### Rincón de Lectura 23

### Biblioteca 24



## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El derecho de defensa comporta que las partes, con igualdad de oportunidades, puedan formular alegaciones de hecho y de Derecho y utilizar los medios de prueba pertinentes (relacionados con el objeto del proceso y encaminados al conocimiento de los hechos) conducentes a convencer al órgano judicial de la exactitud de los datos alegados, dentro de los cauces previstos en cada caso por las Leyes procesales; la prueba no tiene un concepto unívoco, pudiendo referirse a una *actividad* procesal, en tanto que las pruebas existen en el proceso y las normas reguladoras de la misma son procesales hallándose en la L 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) donde se enumeran taxativamente, o a un *resultado* de dicha actividad (y así se habla de «hechos probados»), o a un *instrumento o medio* a través del cual se consigue ese resultado. Técnica-mente es la «actividad procesal de las partes encaminadas a convencer al juez de la veracidad de unos hechos (o mejor, afirmaciones de hechos), que se afirman existentes en la realidad» (GIMENO SENDRA); al fijarse por el juez en la sentencia son hechos *verdaderos* (verdad procesal) en el sentido de *probados*. En todo caso, las normas de la prueba tienen naturaleza procesal y por ello son de *ius cogens* indispensables por las partes.

Conviene poner de manifiesto que la LEC parece partir de un modelo de Juez «árbitro o espectador»; es evidente que el Estado Social y Democrático de Derecho y el papel activo de todos los roles públicos en la efectividad de la libertad e igualdad de los individuos y de los grupos (art. 9.2 CE), están aludiendo inequívocamente a otro tipo de juez; no debería ser ese pretendido espectador neutral y pasivo, pues valores como justicia, tutela judicial efectiva, igualdad de armas en el proceso, proscripción de la indefensión e impulso de oficio, han supuesto un evidente refuerzo del papel del Juez en el proceso civil, y sí, por el contrario, deberían reforzarse los poderes del Juez en la dirección del proceso, sin merma del principio dispositivo y aportación de parte. Ya no puede seguir hablándose de dos tipos de verdad, la «formal» para el proceso civil y la «material» para el proceso penal, como ya puso de manifiesto CARNELUTTI (la verdad no es más que una, de forma que verdad material y formal han de coincidir). Ha de buscarse materialmente, y no formalmente, la verdad.

Sin embargo, como se ha expuesto, parece proyectarse ese Juez «árbitro», limitado a garantizar las reglas del jue-

go, pasivo, sin los instrumentos para la averiguación de la verdad material. Pues, rige potenciado, el principio de aportación de parte y el principio dispositivo. Así lo establece el art. 282 LEC (la iniciativa probatoria corresponde a las partes), con las únicas excepciones en materia de capacidad, filiación, matrimonio, desapareciendo prácticamente las diligencias para mejor proveer, derogándose el art. 1214 CC sobre la carga de la prueba, estableciendo las diligencias finales del art. 435, pero a instancia de parte limitándose la posibilidad de acordarlas (salvo el caso del art. 435.2 LEC al establecer que «excepcionalmente el Tribunal podrá acordar, de oficio... que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados...», pero con las condiciones de dicho precepto). Pero es que además, las enmiendas que han intentado paliar el sistema propuesto en el proyecto, y que han sido aceptadas, hacen contradictorio, internamente, aquel sistema; así, el art. 429.1 párrafo 2.º, a cuyo tenor: «cuando el Tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el Tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente... las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el Tribunal», que planteará no pocos problemas en orden a la obligatoriedad o no del juicio de suficiencia, de la posibilidad de nulidad/indefensión en caso de no haberlo hecho, de los efectos de la ausencia de dicho juicio en la apelación (sobre si podrá o no proponer la prueba respecto de quien tenía la carga, aunque parece que ello correspondería más a un problema de admisión en segunda instancia), los efectos de la no utilización de esa «facultad» (que no lo es, sino que se trata de un deber), la posibilidad de pedirlo la parte en apelación, su incidencia sobre la carga de la prueba, la posibilidad de que la parte pueda pedir que se le diga si la prueba es «suficiente», la posibilidad de aplicar al juicio verbal, la necesidad de una interpretación restrictiva, atendido el sistema propuesto, para no inclinarse a favor de una u otra parte, lo que si es cierto es que atendido el momento y la situación de los órganos de la Administración de Justicia, puede predicirse que será de escasa aplicación, aunque es evidente su gran valor conceptual y su relación evidente con las desaparecidas diligencias para mejor proveer, y su clara trascendencia en supuestos

concretos (por ejemplo, en supuestos de liquidación de daños, a efectos de que no quede su determinación para ejecución de sentencia).

## II. OBJETO DE LA PRUEBA

Si el objeto de proceso es la *pretensión* (petición fundada dirigida al juez, frente a otra persona), y la *resistencia* (oposición a la pretensión), conforma con aquélla al objeto del debate (que no del proceso, a no ser que, eventualmente, se introduzca otra pretensión), *el objeto de la prueba* (es decir, ésta «recae») son los supuestos de hecho (afirmaciones fácticas relativas a los hechos), contenidos en las normas, de los que las partes pretenden derivar la consecuencia jurídica en ella prevista, si bien, en un proceso concreto, las partes «deben» probar los hechos controvertidos —según sus alegaciones— que afirmen.

**Corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión, porque integran su derecho o el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación pretende, necesarios para el éxito de la acción que ejercita; son la causa eficiente del derecho del actor, siendo necesarios para la creación del Derecho**

Conforme al art. 281.1 LEC «la prueba tendrá como objeto los hechos que guardan relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso», lógicamente alegados por las partes, consecuentemente con el principio de aportación de parte. De la exégesis del precepto se infiere:

Han de ser objeto de pruebas los *hechos* (o mejor, sus afirmaciones) alegados, que guarden relación con la *causa pretendida* de la pretensión deducida o de la excepción opuesta; y ha de tratarse de afirmaciones sobre hechos «alegados» en los escritos de alegaciones iniciales (arts. 401, 407 a 409 LEC), a no ser que se trate de hechos ocurridos o conocidos con posterioridad (art. 287.4 LEC), alegando tales circunstancias en la audiencia previa (art. 428.4 LEC), en el acto del juicio (art. 435 LEC) o antes de dictar sentencia, mediante el escrito de «ampliación» de hechos (art. 287.1 LEC). La alegación de un *hecho negativo* (que se define por sí mismo) obliga a la prueba de su afirmación o infirmación (partiendo del mismo indicio, la inferencia de cualquier otra conclusión oponible a una presunción), mediante

el establecimiento del hecho positivo *contrario*; de esa alegación *pueden establecerse presunciones* y deducirse, de las mismas, *consecuencias*. Todo hecho negativo debe ser «constitutivo» de la afirmación de hecho que se alega y, como tal, debe probarse, como el hecho positivo (en el fondo la prueba del hecho negativo se reduce a la prueba del hecho positivo contrario); lo que no puede admitirse como norma absoluta es que los «hechos negativos» no pueden ser probados, pues pueden serlo por hechos o circunstancias positivas, es decir, hechos impositivos, extintivos o excluyentes a probar por el demandado (STS de 23 de febrero de 2007, SAP Barcelona, Secc. 13.ª, 23 de octubre de 1999).

Tales hechos han de ser controvertidos (STS de 21 de octubre de 1993) pues «están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de las partes» (art. 281.3 LEC); en este sentido, existe la carga para las partes de manifestarse expresamente sobre los hechos alegados por la contraria, en el art. 405.2 LEC para la contestación a la demanda (pues en ella, «habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor», dado que el silencio o las respuestas evasivas, podrán ser consideradas por el Tribunal «como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales» al demandado) y el art. 407.2 LEC, para la contestación a la reconvencción (que se «ajustará» a lo dispuesto en el art. 405 LEC).

Ello es así porque la prueba sobre los hechos no controvertidos (por hallarse en ellos contestes las partes, al no ser expresamente impugnados, equivale a admisión tácita de los mismos, a la que se equipara el silencio o las respuestas evasivas sobre los hechos que, alegados por la parte contraria, le sean perjudiciales) es *inútil* o superflua, en el sentido del art. 283.2 LEC, a cuyo tenor «tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según las reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso pueden contribuir a esclarecer los hechos controvertidos», máxime cuando la «audiencia previa» del juicio ordinario sirve, entre otros fines, para fijar con precisión los extremos de hecho o de Derecho sobre los que exista controversia entre las partes (art. 414.1 párrafo 2.º LEC) y cuando, al final de la misma debe determinarse si existe conformidad sobre los hechos, para que se proponga y admita la prueba (art. 429.1 LEC), lo que a su vez facilitará los datos a tener en cuenta para la valora-

ción (dice el precepto antes indicado, «podrán»: término facultativo) sobre el silencio o las respuestas evasivas, clara consecuencia del principio de aportación de parte.

Además, los hechos controvertidos objeto de prueba, no han de ser *notorios*, dado que de serlo, si han sido alegados, están exentos de prueba; aunque la notoriedad (hecho notorio es el hecho públicamente conocido, incluso por el Juez) es un concepto relativo y circunstancial, en función del conocimiento cultural de grado medio de un determinado círculo social y basado en datos objetivos, lo que justifica que tal hecho existe en la realidad extraprocésal, sin depender de juicio alguno de los intervinientes en el proceso o de apreciaciones subjetivas (lo que excluye el conocimiento «privado» del juez). Al respecto, el art. 281.4 LEC establece que «no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general», sin perjuicio de que la parte a quien perjudiquen, pueda impugnar la notoriedad.

También en la audiencia previa, podrá el Tribunal decidir qué hechos, por su notoriedad, están excluidos de prueba, por ser ésta inútil, si bien la notoriedad se valora en la sentencia.

No han de ser probados, siempre y cuando sean alegados, los hechos favorecidos por una *presunción legal* (por ejemplo, la declaración de fallecimiento ex art. 194.2.º y 4.º CC); no nos referimos a las presunciones *iuris tantum*, de las que deriva una regla especial sobre la carga de la prueba (su inversión); así, el art. 386.2 LEC establece que «frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2.º» del art. 385 (cuando la Ley establezca una presunción «salvo prueba en contrario», establecidas salvo cuando aquélla «expresamente lo prohíba»). Como se ha dicho, para tal efecto han de ser alegados para que el Juez los fije en la sentencia, pero a la vez, han de ser probadas las circunstancias que, en cada caso exige la ley para que nazca la presunción. Por el contrario, la otra parte podrá probar que tales circunstancias no concurren. Tampoco han de ser objeto de prueba las *máximas de experiencia* (definiciones o juicios hipotéticos de contenido general procedentes de la experiencia, desligada de los hechos concretos que se juzguen en el proceso, o parámetros de que se sirve para juzgar lo alegado, o en fin, premisas de los razonamientos o argumentos que se esgrimen en el juicio de hecho: en definitiva, nuevas reglas de razonamiento) a no ser que versen sobre cuestiones especializadas, que impongan la necesidad de su prueba; no obstan-



te, en general, pueden integrarse en el objeto de la prueba, cuando su finalidad sea el conocimiento de los hechos (y siempre, sin perjuicio de la actividad investigadora del juez o afirmaciones jurídicas de las partes).

Han de ser objeto de prueba, pues, los hechos controvertidos, no las alegaciones de Derecho, por el principio *iura nobis curia*, siempre que se trate de Derecho escrito, interno, general y vigente (sin perjuicio de las normas de Derecho intertemporal), debiendo el Tribunal resolver «conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por las partes», pues puede acudir «a fundamentos de hecho o de Derecho distintos» (SSTC 112/94 de 11 de abril, 189/95 de 18 de diciembre), sin apartarse de la causa de pedir, art. 218.1 LEC (que recoge, en definitiva, el *da mihi factum, dabo tibi ius*). Por ello, dispone el art. 281.2 LEC que «también serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero».

### III. CARGA DE LA PRUEBA

Como se ha dicho, las partes han de probar sus afirmaciones de hecho, es decir tienen «la carga» de la prueba, conforme al principio de aportación de parte, y constando la prueba de los mismos, es indiferente cuál de las partes las haya probado: es el principio de adquisición procesal (de constante aplicación jurisprudencial), en el sentido de que los resultados de la actividad procesal son comunes para las partes y se consiguen para el proceso, por lo que las pruebas practicadas *son del proceso* y están destinadas al juez (que puede utilizarlas, prescindiendo de quién las haya producido o aportado), pudiendo valerse de ellas cualquiera de las partes, y habilitando al Juez para fundar su decisión en la actividad probatoria desenvuelta en su conjunto.

Ahora bien, del principio de aportación de parte no se deduce cómo se distribu-

ye la prueba entre las partes. El Tribunal debe resolver en todo caso, aunque exista un hecho alegado, sin prueba (y por ello «incierto») pero precisado de la misma, deber inexcusable previsto en los arts. 1.7 CC, 11.3 LOPJ, 241 CE, cuya inobservancia puede llevar aparejada sanción penal (art. 357 en relación con el 448 CP) y en cuyo deber radica la doctrina de la carga de la prueba, que solo tiene sentido en caso de duda, tras la prueba y ya en el período reflexivo del Juez, y de ahí su carácter supletorio, denotando («carga») la existencia de un sujeto que debe soportarla (y no «obligación»).

Tal doctrina aparece con la finalidad de establecer, al final del proceso, la consecuencia de la falta de la prueba de los hechos (o de su insuficiencia); es decir, quien debió probar y, por tanto, quien debe soportar las consecuencias negativas de la falta de prueba de un hecho, necesitado de la misma para su fijación en la sentencia. Su regulación, dentro de los requisitos internos de la sentencia, solo es novedad en cuanto a su ubicación en la LEC, porque la doctrina que contiene es la misma y, sin embargo, desconoce las más recientes aportaciones jurisprudenciales (salvo la doctrina de la facilidad probatoria), si bien nada se opone a la vigencia de las mismas, como complementarias a la regla general contenida en el art. 217.1 LEC, a cuyo tenor «cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el Tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos y otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones» (lógicamente, sin perjuicio del art. 435.1º.2.º LEC). Ciertamente existen reglas especiales, por las que «una disposición legal expresa» distribuye la carga de probar, a las que se remite el art. 217.5 LEC entre las que pueden citarse los arts. 33, 686 párrafo 2, 850, 861 párrafo 2, 1277, 1261, 1262, 1263, 1900 del CC, 361 párrafo 3 y 731 del CCom., art.

38 párrafo 2.º (preexistencia) de la Ley de 1980 del contrato de seguro; pero el intento de la LEC para formular una regla general se plasma en los números 2 y 3 del citado art. 217 LEC, en relación a las distintas clases de hechos, dice el precepto que «corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la carga de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción», así como que «incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior». Consecuentemente:

Corresponde al actor (o al demandado reconviniente) la prueba de los hechos *constitutivos* (o normalmente constitutivos o identificativos) de la pretensión, porque integran su derecho o el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación pretende, necesarios para el éxito de la acción que ejercita; son la causa eficiente del derecho del actor, siendo necesarios para la creación del Derecho.

Corresponde al demandado la carga de la prueba de los hechos *impeditivos* (se oponen a la constitución válida del derecho, o dificultan que los fundamentos de la acción produzcan los efectos que le son propios; constitutivos e impeditivos pues implican su mutua neutralización), *extintivos* (presuponen el nacimiento válido del derecho, pero que el mismo no ha persistido en el tiempo), *o excluyentes* (categoría de los anteriores, en los que el demandado no obstante haberse producido los efectos de los hechos «constitutivos», alega —forzosamente— otros hechos que, recogidos en una norma —contranorma—, excluyan aquellos efectos, como es el caso de la prescripción o el beneficio de exclusión del fiador) de los constitutivos del actor. Tales categorías de hechos, que integran las excepciones materiales o de fondo, pueden ser tenidas en cuenta por los Tribunales, aunque no se aleguen por el demandado —salvo los últimos— si bien es necesario que se aporten y se prueben por el mismo.

Ahora bien, el problema surge porque no es posible fijar anticipadamente cuando un hecho es de una u otra categoría, sino atendiendo a una situación jurídica concreta; de ahí que, aunque nada se opone a su vigencia, se echa en falta la plasmación de los nuevos criterios doctrinales y jurisprudenciales (que la Exposición de Motivos califica de «atinados pero en ocasiones difícilmente aprehensibles») que, más flexibles y adaptables a las circuns-

tancias del caso, atenúan aquella rigidez, excepción hecha del criterio de la *disponibilidad y facilidad probatoria*, expresamente previsto en el art. 217.6 LEC, a cuyo tenor «para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en el litigio», con lo que para la distribución de la carga, atiende a criterios prácticos, como el de la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba o a la facilidad según la razón y la experiencia (se atribuye caso a caso la carga a la parte que esté en condiciones de proporcionar de manera más sencilla la prueba de un hecho, por lo que «solo» en caso de que conste la *facilidad probatoria* de una parte el juez puede descartar la aplicación de la regla general). Implícitamente en los números 2 y 3, se prevé el criterio de la «normalidad»; y es de frecuente utilización, el criterio de la «flexibilidad» en la interpretación de las normas sobre la carga de la prueba.

#### IV. LAS PRESUNCIONES

A los efectos de la prueba de los hechos «negativos», conviene detenernos en las «presunciones». Reguladas en el Capítulo VI del Libro II LEC, bajo la rúbrica general «De los medios de prueba y de las presunciones», la Secc. 9.ª les dedica los arts. 385 y 386 LEC. No son un «medio» de prueba sino una forma o un método para probar (como dice la E. de M., «método de fijar la certeza de ciertos hechos»), a falta de prueba «directa», que resulta fundamental en supuestos tales como la simulación, el fraude, el subarriendo, cesión o traspaso inconsentidos, ...

Puede definirse como la inducción (o juicio lógico) de la existencia de un hecho desconocido que se trata de probar, a través de otro u otros ciertos, existentes y completamente probados. En todo caso, es un instrumento *supletorio*, al que solo cabe acudir cuando el hecho incierto o dudoso no resulte eficazmente acreditado por pruebas directas.

En toda presunción aparecen los siguientes elementos:

*Hecho o afirmación base o indicio*: puede estar integrado por uno o varios (en su conjunto) que se complementan (el TC ha venido a exigir «varios»), por entender que uno solo puede fácilmente inducir a error: STS 118/1990 de 18 de julio, en el mismo sentido SAP Barcelona, Secc. 13, de 18 de marzo de 2002). Y han de estar completamente acreditados por medios probatorios (art. 385.1, párrafo 2 LEC, que viene a reproducir su antecedente derogado, art. 1249 CC) o ser reconocidos.

*Hecho consecuencia* (presunción o afirmación presumida): se deduce el hecho base con arreglo al criterio de «normalidad», integrando, en definitiva, el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se pretende. Necesariamente (lo cual, además, resulta lógico) ha de ser distinto del hecho base.

La LEC recoge la clasificación tradicional entre presunciones «legales» y «judiciales».

##### 1. Presunciones legales

Se recogen las presunciones *iuris tantum*, que admiten prueba en contrario y constituyen la regla general (entre otras: arts. 29, 116, 135, 195, 359, 393, 433, 434, 449, 459, 572 a 574, 1261 a 1263, 1277, 1361, 1407 CC), frente a las presunciones *iuris et de iure*, que no admiten prueba en contrario (suponiendo, en la práctica, una mera ficción o construcción teórica). En las presunciones legales, el enlace o nexo lo realiza la Ley (ley positiva «procesal»). Así, dispone el art. 385.2 LEC que «cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamente la presunción». Tales presunciones «dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca» (art. 385.1, párrafo 1.º LEC, cuyo antecedente era el derogado art. 1250 CC); es decir, dispensar de la prueba de la consecuencia (no del hecho base), y la «otra» parte ha de ser la que, en su caso, deberá probar que el hecho consecuencia no existe o no es cierto, produciéndose un desplazamiento de la carga de la prueba.

##### 2. Presunciones judiciales (o de hecho)

En éstas, el enlace, inducción, juicio de valor o nexo lo realiza el juez, estableciendo la LEC que «a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto, existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 386.1. párrafo 1.º LEC), lo cual significa un juicio lógico, natural, razonable (frente al absurdo, ilógico, inverosímil o erróneo) del juzgador que, en cada caso concreto, establece la relación existente entre la premisa base y la afirmación consecuente (en el caso de que el hecho «dudoso» no tenga demostración por los medios de prueba). El propio precepto indica expresamente que se trata

de una facultad del tribunal (a través de la expresión «podrá»): faculta o autoriza, pero no obliga a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el juzgador no hace uso de la misma para fundamentar su fallo y sí de lo que resulta de la prueba directa obrante en los autos, no se infringe el precepto (SSTS 12 de marzo de 1999, 23 de julio de 1999, 5 de febrero de 2003,...), en base a su carácter subsidiario, procediendo exclusivamente en ausencia de prueba directa (SSTS de 4 de mayo de 1998, 30 de enero de 2003,...).

En todo caso admiten *prueba en contrario* (art. 386.2 LEC), previéndose en el art. 433.2 LEC que, tras la práctica de la prueba en la vista oral del juicio ordinario, las partes podrán manifestar su criterio *si entendieren que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción*.

Para que pueda utilizarse dicha facultad y producir el efecto de la inversión de la carga de la prueba (es decir, no operante a efecto de prueba, sino para facilitar la prueba: precisamente opera en relación con la carga de la prueba, alterando la distribución normal), aparte de la ausencia de prueba directa del hecho presunto (carácter subsidiario de las presunciones):

Alegación por la parte, tanto del «indicio» (aunque no parece necesario, al carecer éste de valor en sí mismo, suponiendo solo un «instrumento» para llegar a la consecuencia), como de la «consecuencia» (o, en las presunciones legales, de la norma en que se reconoce).

Prueba cumplida («certeza» dice la LEC) por el alegante del hecho base o indicio (art. 385.1.pfo 2 y 386.1 LEC). Así las SSAP Barcelona Sección 13.ª 18 de marzo de 2002, SSTS 14 de diciembre de 1998.

Ausencia de prueba en contrario, relativa a la existencia del hecho base o del nexo (art. 385.2 LEC).

Existencia de un enlace (conexión o congruencia) objetivo y lógico, preciso y directo, entre el hecho base y el hecho presunto, en las presunciones judiciales (SSTS 19 de diciembre de 1998, 22 de febrero de 1999, 20 de diciembre de 2002, 17 de enero de 2003, ...)

Además, en la sentencia debe constar, motivado (de forma congruente y coherente), el proceso de inferencia (el juicio lógico), conforme exige el art. 386.1 párrafo 2 LEC (lo que impone identificar los hechos base y la expresión de las razones por las que se considera probado, así como la determinación del hecho presunto que va a declararse probado, especificando el enlace entre ellos, así

la STS de 22 de febrero de 1999, 23 de octubre de 2002, SSTC 174/1985 de 17 de diciembre, 94/1990 de 23 de mayo).

#### V. SUPUESTOS

Nos referiremos a una serie de causas de resolución del arrendamiento, en base singularmente a resoluciones de la Secc. 13.ª de la AP Barcelona (cuyo criterio coincide sustancialmente con el de la Secc. 4.ª, dedicadas ambas en exclusiva a la materia arrendaticia), y a las casas de resolución cuyo cauce es el «ordinario», partiendo de las diferencias entre el actual y el anterior sistema, que son sustanciales, pues: a) en TRLAU 1964, carácter limitativo o restrictivo, de *numerus clausus* (arts. 114 a 118) sin que queda la analogía ni la supletoriedad de otras disposiciones legales (como el CC), así las SSTS de 20 de enero de 1951, 8 de febrero de 1955, 14 de mayo de 1957, 19 de noviembre de 1960, 6 de junio de 1964, 20 de noviembre de 1968, 22 de junio de 1971, 11 de marzo de 1977, 4 de marzo de 1997,...; b) en LAU 1994, se parte de una norma general, pues cabe la resolución por incumplimiento contractual ex art. 1124 en relación con el art. 1556 CC (Derecho común, con aplicación de toda la doctrina sobre resolución contractual) a instancia de cualquiera de las partes (art. 27.1) y se destacan supuestos concretos en el art. 27.2 (similares a las del anterior sistema) en art. 27 (viviendas) o art. 35 (locales).

Conviene traer aquí a colación una frase gráfica de Miguel Ángel GALLARDO: «Es relativamente fácil probar lo que *sí es*, y algo más difícil probar lo que *sí fue*, pero resulta metafísicamente imposible, solo por prueba directa, la certificación de *lo que no es*, y más imposible aún si cabe, llegar a la certeza de *lo que no fue*, salvo en casos con coartadas excepcionalmente sólidas o absurdos lógicos incontrovertibles».

##### 1. A instancia del arrendador:

**A) NO USO. 114.11 en relación con los artículos 62.3.ª TRLAU 1964 y 1555.2 CC; 27.2 f) LAU 1994**

##### a) Viviendas

La doctrina científica y la jurisprudencia, a la hora de interpretar el supuesto 3.º del art. 62 LAU, haciéndolo restrictivamente dado el carácter social de la Ley Arrendaticia que tiene como finalidad dar cobertura y seguridad a uno de los derechos más esenciales del individuo como es su domicilio, viene entendiendo que la falta de ocupación ha de considerarse referida al hecho de no ser utilizada la vivienda por el inquilino

para la satisfacción de las necesidades propias y diarias con carácter definitivo y primario; así es, la prórroga forzosa es un beneficio que la Ley concede para dotar de estabilidad al disfrute de un bien de primera necesidad como es la vivienda y por ello la misma Ley prevé que dicho beneficio podrá denegarse por el arrendador ordinariamente perjudicado por dicha medida social cuando conste que la vivienda no sirve al fin que lo justifica, es decir, permanece desocupada más tiempo del que está ocupada, sin desempeñar el papel de morada u hogar familiar continuado, y ello aun cuando se haga de ella cualquier otra utilización, incluso constante e intensa, así hay falta de ocupación cuando el arrendatario tiene cubierta la señalada necesidad al residir éste en otro lugar no siendo usada la vivienda arrendada para su destino, con la única excepción de que tal desocupación obedezca a justa causa. Determinar si existe a favor del inquilino causa que justifique la desocupación de la vivienda en un período mayor corresponde al prudente arbitrio del Tribunal, para lo que habrá de estar a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, no obstante, la doctrina jurisprudencial entiende que cuando la desocupación de la vivienda se debe a un impedimento permanente, no existe justa causa de desocupación, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de hacer definitiva una situación que es contraria a la propia naturaleza del contrato arrendaticio, manteniendo un inquilinato respecto de una vivienda permanentemente desocupada. La prueba que por reparto de la carga procesal debe exigirse al arrendador actor, no es, pues, la de ausencia total del inquilino de la vivienda sino la del no uso de la misma en la forma señalada, no obstante, ha de tenerse en cuenta al enjuiciar ese deber procesal la índole del objeto de la prueba, constituido por un hecho negativo que, por naturaleza, es siempre de difícil comprobación directa, debiendo acudir a la mayor parte de las veces a vías indirectas o indiciarias, en definitiva, a la prueba presuntiva de los arts. 385 y ss. LEC, indicios que en cualquier caso han de ser claros y precisos, aportando datos objetivos cuya interpretación más razonable los convierta, en función del contexto en que aparecen, en signos inequívocos de la desocupación, al ser incompatibles, dentro de un normal orden de cosas, con el disfrute de la vivienda por el inquilino, en conclusión, será el Tribunal quien a través de la valoración de las pruebas directas o indirectas aportadas al juicio deberá inferir su existencia, que deberá entender como cumplidamente probada. Por otro lado, la propia norma excluye la consecuencia resolutoria de la no ocupación en aquellos casos en que ésta obedezca a justa causa y ten-

ga un carácter transitorio o temporal, correspondiendo la carga de la prueba tanto de la concurrencia de justa causa como de su temporalidad, al arrendatario, que la alega y a quien beneficia.

**La causa de resolución encuentra su razón de ser en el hecho de que si la prórroga forzosa se estableció para dotar de estabilidad al hogar del arrendatario, decae el sentido de tal beneficio cuando no se utiliza la vivienda arrendada, conforme a finalidad primordial, cual es la de servir de centro de un hogar familiar**

La causa de resolución encuentra su razón de ser en el hecho de que si la prórroga forzosa se estableció para dotar de estabilidad al hogar del arrendatario, mediante el mantenimiento del contrato, decae el sentido de tal beneficio cuando no se utiliza la vivienda arrendada, conforme a su destino y finalidad primordial, cual es la de servir de centro de un hogar familiar, lo que implica ocupación permanente, y solo se usa de modo accidental o accesorio o no se usa; también, en que, si bien es cierto que el uso es un derecho del arrendatario, no es menos cierto que también constituye una obligación para éste: si no se usa, no se le está dando el destino acordado por las partes en el contrato, no se está destinando al uso pactado, y, en todo caso, la pretensión del arrendatario de mantener la situación arrendaticia pese a la falta de uso, prolongada y no justificada, constituiría un ejercicio abusivo del derecho frente a la plenitud del derecho de propiedad; la causa onerosa para el arrendatario prestación de uso de la cosa concedida por el arrendador, ex art. 1274 CC, condición esencial pactada por las partes en el contrato, desaparece y el contrato quedaría desnaturalizado así como su finalidad (STS de 15 de julio de 2009).

La prueba del actor debe alcanzar a:

— la desocupación (personal), total o sustancial (aunque sea accidental, esporádica o circunstancial), por parte del arrendatario, aunque en la vivienda existan muebles o efectos,

— durante 6 meses en el curso de un año, cuyo cómputo no necesariamente debe ser seguido (al arrendatario le bastaría con habitar la vivienda un solo día antes de los 6 meses, o mes sí mes no), pudiendo computarse con o sin interrupción,

— que la desocupación, en su caso (si se alega), no obedece a «justa causa».

Se trata de un *hecho negativo* (probatio diabólica), de ahí que debe acudir a la prueba de datos objetivos —manifestaciones apreciables por los sentidos— por vía indirecta (presunciones) que, estadísticamente, revelen el uso o no uso de una vivienda, sin que sea exigible una exhaustiva probanza (sino una suficiencia que desplace el *onus probandi* hacia el demandado):

A) Al arrendador le basta con acreditar la no ocupación, si bien por tratarse de «... un hecho negativo que, por naturaleza, es siempre de difícil comprobación directa, debiendo acudir a la mayor parte de las veces o vías indirectas o indiciarias, en definitiva a la prueba presuntiva ex arts. 385 y ss. LEC, indicios que en cualquier caso, han de ser claros y precisos, aportando datos objetivos cuya interpretación más razonable los convierte, en función del contexto en que aparecen, en signos inequívocos de desocupación, al ser incompatibles, dentro de un normal orden de las cosas, con el disfrute de la vivienda por el inquilino...» salvo «justa causa» que habrá de tener carácter transitorio o temporal, correspondiendo al arrendatario que las alega y beneficia, la carga de la justa causa y de su temporalidad (SAP Barcelona, Secc. 13, de 13 de octubre de 2009, 19 de abril de 2011, 3 y 22 de febrero de 2011, 30 de noviembre de 2002,...). Entre tales pruebas indirectas:

a) Facturación por consumos de suministros vitales e imprescindibles, de agua, luz, gas,... «mínimos» para una habitabilidad digna, a valorar en función del número de personas que habitan la casa, la distribución de la misma, los electrodomésticos con los que cuenta, y en relación con la información que las Entidades suministradores de tales servicios, suministran a sus usuarios, respecto del consumo normal de una persona o de cada electrodoméstico, *no debiendo confundirse consumo mínimo con ocupación efectiva, como sede de un hogar de la vivienda, si ello no se corrobora con otros medios de prueba*, lecturas no verificadas (contadores en el interior de vivienda), bajas en suministro telefónico, ...

b) Se da relevancia a las actas notariales que, con periodicidad (y en diferentes horas) y antes del pleito suelen levantarse a instancia del arrendador, al efecto de dejar constancia de la desocupación, conscientes de la limitación de que suponen meras constancias del estado de cosas en el momento de su realización (puerta cerrada, llena de polvo, todos los síntomas de abandono, buzones, ...), que exigen su corro-

boración en período probatorio, con las manifestaciones de personas que en ellas se recogen (que no tienen carácter testifical, al estar desprovistas de toda garantía de defensa y contradicción, debiendo —en su caso— advenirse en el proceso, sin perjuicio del valor por sí mismas dentro del conjunto de la prueba).

c) Testifical de quienes intervinieron en las actas notariales o de vecinos.

d) Prueba de detectives: en orden al momento de su aportación, como la parte *debe disponer* del documento (art. 265.1 LEC), han de aportarse con la demanda o contestación (art. 265), y entre ellos, *los informes elaborados por profesionales de la investigación privada* legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que aquéllos apoyen sus pretensiones (con los que la LEC expresamente, parece conceder a los detectives cierto status en el proceso, al asimilar sus informes a los documentos «fundamentales», cuando hasta ahora carecían aquéllos, por sí, conforme al art. 1225 CC de eficacia probatoria; así, las SSTs de 16 de octubre de 1962), siempre que cumplan determinados requisitos: 1) Que se trate de informes sobre hechos relevantes de la demanda. 2) Que sean confeccionados por «profesionales de la investigación privada, legalmente habilitados» (en relación con la respectiva ley, estatal o autonómica). Tales «documentos», si son reconocidos, se tienen por ciertos; si no lo son, los detectives pueden ser llamados como «testigos», pero sujetos a reglas especiales (art. 380 LEC), pues no les son aplicables las tachas del art. 377.3.º LEC (lo que supone reconocer que informan o deponen a instancia de parte, pero deben actuar conforme a las normas deontológicas de la profesión), y solo declaran sobre el contenido del informe del que son autores, debiendo ratificarlo. Ahora bien, nada impide el «careo» del art. 373 LEC. Pueden intervenir en el reconocimiento judicial que, en su caso, pudiera acordarse (arts. 354.3 en relación con los arts. 353.2 y 357 LEC).

e) reconocimiento judicial, en su caso; contradicciones, imprecisiones, dudas en interrogatorio del demandado.

f) las dificultades en la citación o emplazamiento.

B) El arrendatario demandado, debe probar la ocupación o que aquella desocupación obedece a una justa causa y generalmente lo intenta a través de:

a) certificados de empadronamiento (en realidad acto administrativo a instancia de parte), DNI (no acredita la residencia habitual y permante del arrendatario), domiciliaciones banca-

rias, pago de impuestos o tasas, centralización de correspondencia, proximidad a centro sanitario o asistencial;

le ha requerido para su cumplimiento o si tratándose de reparaciones urgentes, nada ha hecho, incrementándose el deterioro (art. 110 TRLAU 1964), causas anteriores imprevisibles o insuperables, ex art. 1105 CC; 5) por regla general no lo son los motivos económicos (precaria situación económica del demandado, STS de 14 de junio de 1965).

#### b) Locales

Para ellos el TRLAU utiliza la expresión de «...permanezcan cerrados...», habrá de atender a la naturaleza del negocio instal

talado en el local para lo que deberá concretarse el destino pactado (SSAP Barcelona, Secc. 13, de 10 de febrero de 2003, 30 de septiembre de 2008,...). El Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de abril de 1935 dice que «... habrán de probarse aquellos hechos que por su naturaleza especial o carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin grandes dificultades», en la de 9 de noviembre de 1943 enseña que «no es admisible como norma absoluta el principio de que los hechos negativos no pueden ser probados», y en la de 27 de abril de 1963 entiende que «no es cierto que el cierre de un establecimiento sea un hecho negativo que basta alegar sin que sea necesario probar, puesto que, dejando aparte que sobre la alegación de un hecho negativo no puede argumentarse una afirmación de su existencia, ésta ha de exteriorizarse por manifestaciones apreciables por los sentidos, ya que de otra forma el mismo demandante que la alega no habría podido conocerlo».

Aparte de lo expuesto para las viviendas, ha de distinguirse:

— Locales abiertos al público (los de tipo comercial que supongan una relación inmediata y constante con la clientela): basta simplemente el cierre (durante la jornada laboral), es decir la «incomunicación» (cesación del contacto con el público), en definitiva «cierre» es «fin de actividades» (en sentido jurídico-mercantil) aunque se sigan desarrollándose actividades mercantiles (o esté abierto de manera esporádica, accesoria, eventual, residual, secundario o circunstancia, escaso), porque se incumple el destino pactado (condumios, estado de limpieza, traslado del negocio a otro local, ejercicio de una actividad distinta a la negocial desarrollada normalmente) o la transformación en almacén, depósito u oficina. La falta de licencia de actividad (y sin perjuicio de la posible infracción administrativa) no excluye el ejercicio efectivo de la misma (consumos, facturas de

materiales adquiridos), por lo que aquélla no es, de por sí, causa resolutoria; otra cosa es que el arrendatario sea el responsable del cierre del local porque carece de licencia para poseer máquinas (adopción de una postura pasiva), pero eso no ocurrirá cuando el cierre se deba a la necesidad de realizar obras de acondicionamiento a fin de obtener la correspondiente licencia administrativa (postura activa, alejada de toda desidia o falta de voluntad).

— Al actor corresponde la prueba del cierre (consumos, en función del horario o del tipo de negocio, de agua, luz,...), no la prueba de la ausencia total del arrendatario

— Al arrendatario corresponderá la prueba de la justa causa del cierre (causa ajena y superior a la voluntad del arrendatario, a quien por ello no le es imputable, no la quiebra ni la suspensión de pagos, ni la marcha adversa del negocio, ni la sanción gubernativa); no constituye «justa causa» de cierre del local o de su derivación en mero almacén o depósito, la crisis de la empresa instalada en el local, la quiebra y la suspensión (sin actividad), ni el cese de su actividad hasta la obtención de la oportuna licencia municipal y la corrección de anomalías detectadas por la Administración, pues no pueden ser consideradas como causas apartadas o superiores a la voluntad del arrendatario sino que deben asumirse por el mismo al ubicarse en su espacio de actuación (SSTS de 13 de mayo de 1968, 17 de octubre de 1983, 5 de mayo de 1993,...), resultando de aplicación lo expuesto respecto de la enfermedad del arrendatario; sí puede considerarse justa causa de cierre o de retraso en la apertura, la necesidad de realizar obras de adaptación del negocio (STS de 11 de julio de 1985, SAP Barcelona, Secc. 13, de 16 de febrero de 2007), y, en todo caso, el cierre motivado por dichas obras —que evidencian la voluntad de abrir el local— no se computa a efectos de la resolución contractual (claro, han de realizarse en un tiempo «prudencial»).

La causa no opera si existe un cambio de actividad con apertura al público (será otra causa); sí existe, en caso de cambio de destino del local (abierto al público, destinado a actividad de comercio o enseñanza o a una actividad industrial) al ser transformado en depósito o almacén (STS 8 de octubre de 1960, 22 de julio de 1991, 7 de noviembre de 1992, 13 de marzo de 2009, 24 de febrero de 2010).

La prueba, a instancia del arrendador, puede ser por actas notariales (que constaten la falta de signos de actividad comercial), informe de detectives,

consumos mínimos de suministros (o potencia eléctrica insuficiente para el desarrollo de la actividad), falta de inscripción en censo del IAE, diligencias judiciales que no pueden practicarse por hallarse el local cerrado (SAP Barcelona, Secc. 13, de 18 de junio de 2004), testifical...; a cargo del arrendatario (aparte de la posibilidad de «justa causa» del cierre) aportación de nóminas de trabajadores, boletines de cotización a la S.S., facturas de clientes reveladoras de actividad, libros de contabilidad y cuentas anuales, IVA... En la SAP Barcelona, Secc. 13, de 17 de noviembre de 2005, superando los aforismos *incumbit probatio qui dicit non qui negat*. *Per rerum naturam factum negantis probatio nulla est. Affirmanti incumbit probatio*, declaró que «... no pudiendo admitirse como norma absoluta, que los hechos negativos no puedan ser probados, pues pueden serlo por los hechos positivos contrarios; que si los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción o pretensión ejercitada, sino que alegan otros impositivos, extintivos, u obstativos al efecto jurídico reclamado por el actor, tendrán que probarlos (SSTS de 13 de septiembre de 1986 y 13 de diciembre de 1989); y que... la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados, y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (SSTS de 23 de septiembre de 1986, 18 de mayo de 1988, 15 de julio de 1998, 17 de junio de 1989, 23 de septiembre de 1989)».

— locales cerrados o asimilados (almacenes, depósitos, actividades de tipo industrial, oficinas...): es necesaria la cesación de la actividad (STS de 14 de diciembre de 1974), falta de utilización del local conforme al destino pactado (así, la falta de uso durante más de 6 meses del local destinado a garaje, SAP Barcelona, Secc. 13, de 16 de junio de 2006). A tales supuestos se equiparan los locales de ventas al por mayor, en los que no es necesario que se hallen abiertos al público (el cierre, como interrupción de la comunicación con el público no puede referirse a ellos). La prueba a cargo del actor, gira en torno a la constatación de una situación de abandono es decir, de desocupación, hecho negativo (facturaciones de suministros de agua, luz, teléfono,...), y al demandado corresponde la prueba del hecho positivo de la ocupación o uso del local, en virtud del principio de facilidad probatoria.

Con más precisión el art. 27.2 f) LAU 1994, se refiere a la causa resolutoria, en los siguientes términos: «cuando la vivienda deje de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad

**La introducción de un tercero en el vínculo arrendaticio, de faltar la autorización del arrendador, llámese cesión, traspaso o subarriendo, genera la causa resolutoria prevenida en la ley especial, siendo irrelevante a estos efectos que la cesión haya sido onerosa o a título gratuito**

b) los datos relativos a la actividad laboral a que se dedica, que le impone estar fuera en toda la jornada laboral,

c) o constando la desocupación, intentará la acreditación de justa causa de desocupación. Dicha ocupación puede obedecer a una pluralidad de situaciones, que impide su valoración en cada caso, sin perder de vista la finalidad del contrato de arrendamiento (cesión temporal del uso); así, entre las causas más frecuentes: 1) la enfermedad, debiendo atenderse al alcance de la misma al tiempo de la desocupación (SAP Barcelona, Secc. 13, de 25 de julio de 2007, falta de acreditación de que la enfermedad del marido sea suficiente para justificar la desocupación), a si se trata de una situación temporal (compatible con la posibilidad y deseo de volver a la vivienda arrendada), pero incompatible con una situación irreversible, como una demencia senil muy evolucionada o enfermedad que suponga un impedimento permanente o crónica (SSAP Barcelona, Secc. 13, de 29 de noviembre de 2006, 2 de marzo de 2007, 19 de septiembre de 2007, 4 de marzo de 2008, 17 de septiembre de 2008,...), las condiciones de la vivienda, existencia de familiares que puedan atender al arrendatario enfermo, edad del mismo; 2) ausencias temporales por motivos de trabajo o estudios; 3) falta de habitabilidad de la vivienda, que impone analizar si tal situación es imputable a un uso inadecuado de la misma por el arrendatario o las personas que con él convivan (arts. 111 TRLAU o 1555.2.º CC), que excluye la justa causa o si son consecuencia de una conducta incumplidora del arrendador de mantener la vivienda en estado de servir para el uso convenido (arts. 107 TRLAU o 1554.2 CC), lo que llevará a apreciarla o a otras consecuencias («suspensión del contrato), en cuyo caso, habrá que tenerse en cuenta, a la vez, el estado de la vivienda al celebrarse el contrato (el objeto cuyo uso se cede, en el momento de la cesión); 4) la conducta observada por el arrendatario ante el incumplimiento de sus obligaciones por el arrendador, si

permanente de vivienda del arrendatario (en el sentido del art. 7) o de quien efectivamente la viniera ocupando de acuerdo con lo establecido en el art. 7». Con lo cual engloba el art. 62.3, la transformación de la vivienda en local, o, en general uso de forma distinta a la pactada, o el hecho de que la vivienda esté deshabitada (aparte de que el uso de forma distinta a la pactada, el no uso o el cambio de destino entran en la resolución ex art. 1124 CC); en su caso, habrán de analizarse las circunstancias que motivaron la celebración del contrato y si se han alterado, motivando un cambio de destino; no contempla plazo (dependerá de las circunstancias del caso concreto), y por supuesto, abarca el supuesto de que la vivienda esté deshabitada.

**B) Artículo 62.4 TRLAU 1964: «... el no uso de todas ellas no es indispensable...»**

Conforme al art. 62.4 TRLAU, es causa de denegación de la prórroga forzosa la ocupación por el inquilino de «dos o más viviendas en la misma población, y el uso de todas ellas no es indispensable para atender a sus necesidades», cuyo fundamento radica en el hecho de que, al implicar aquella prórroga una carga importante para el arrendador si bien basada en el deseo de protección de la estabilidad del hogar del arrendatario (que constituye uno de los pilares de la cuestión arrendaticia) ante la escasez de viviendas, es lógico que, cuando éste sea titular de un derecho que le permita disfrutar de una vivienda distinta de la que motiva la denegación de la prórroga (aquí arrendamiento), carece de sentido que se dé aquella protección.

Del precepto se infiere: 1) La ocupación efectiva de (o disposición efectiva sobre) dos o más viviendas, con la siguiente precisión: no es necesaria una ocupación material y simultánea, bastando con que las viviendas se en-

cuentren a disposición del arrendatario (doble derecho de disposición). 2) Que una de ellas sea la arrendada, ocupando la otra con igual o superior título, que dé derecho a disfrutarlas (habrá que excluir los supuestos de precario y las situaciones sometidas a un plazo concreto, tras el cual desaparecerá; por ej., contrato sujeto al RDL 2/1985, frente a la estabilidad de la prórroga forzosa que se pretende denegar). 3) Por tanto, ocupación con ese destino, y no otro: necesidades familiares o domésticas presentes, entendidas en sentido amplio, abarcando las exigencias requeridas por la actividad profesional «liberal» para la obtención de medios indispensables para la subsistencia). 4) Que estén en la misma población (debiendo ser interpretado conforme a la realidad social del sistema de comunicaciones). 5) Que el uso simultáneo o conjunto no sea indispensable (hecho, la «indispensabilidad», cuya prueba corresponde al arrendatario). A la vez debe recordarse que, conforme al art. 4 TRLAU 64, el arrendamiento de vivienda no pierde su carácter por la circunstancia de que el inquilino ejerza en aquélla una profesión propia (en sentido amplio, incluidas las profesiones liberales).

Debe valorarse cuál es la situación de ambas viviendas que deben estar ocupadas: es decir, constituir la sede de un hogar familiar con más o menos utilización de una y otra, lo cual supone, de un lado, conocer la distribución, servicios, estado de conservación, naturaleza del derecho de disfrute (aquí arrendamientos sujetos a la prórroga forzosa del art. 57 TRLAU 1964 en un caso y cualquier otro título que de derecho a disfrutar la otra, por lo que no se dará en situaciones de precario o en arrendamientos sujetos al RDL 2/1985 que desaparecerán con el tiempo, frente a la estabilidad de la prórroga forzosa que se pretende denegar, o de temporada), su ubicación espacial,... y, de otro, las necesidades del inquilino y del núcleo familiar que,

con cierta estabilidad, convivan con él (número de personas, edad, salud, actividades, dedicaciones, etc... desechando las situaciones de comodidad o mero capricho,...).

Al actor corresponde acreditar que el arrendatario posee dos o más viviendas en las referidas circunstancias (las utilice simultáneamente o se limite a desarrollar la habitación o utilización en una de ellas, quedando la otra u otras con cierta desvinculación en cuanto al uso) y al demandado, que el uso de ambas le es indispensable (término imperativo alejado del capricho, interés o mera comodidad) para atender sus necesidades.

**C) Artículos 114.2 y 5 TRLAU 1964, 27.2 c) LAU 1994 (Cesión, subarriendo, traspaso in consentidos)**

El hecho tipificador que lleva como efecto la resolución del contrato de arrendamiento es la *introducción en la vivienda o local arrendado de una tercera persona* en convivencia con el arrendatario, sin dar cumplimiento a los requisitos que la Ley previene para su validez (SSTS de 25 de enero de 1988, 7 de noviembre de 1991,...), siendo indiferente que la ocupación de la finca por el tercero tenga lugar de manera exclusiva y excluyente o compartida con el arrendatario (STS de 19 de octubre de 1972, 22 de junio de 1973, 16 de noviembre de 1974, ...), total o parcial (19 y 31 de octubre de 1972); tal introducción supone la entrada subrepticia de ese tercero en la relación arrendaticia, usando la cosa a su nombre y provecho (lo decisivo es el aprovechamiento, ventaja o beneficio obtenido por ese tercero), *sin que sea necesario que el actor pruebe de una manera circunstanciada y precisa las condiciones de esa introducción* (SSTS de 22 de octubre de 1962, 3 de abril de 1965, 21 de febrero de 1966, 2 de julio de 1970, 14 de marzo de 1972, 22 de junio de 1973, 16 de noviembre

de 1974, 8 de mayo de 1981, 25 de enero de 1988...) pero *sí debe acreditar la presencia de ese tercero, ajeno al contrato, ejerciendo por su cuenta una actividad mercantil en el inmueble, lo que determina una presunción de cesión, subarriendo o traspaso ilegales* (SSTS de 6 de febrero de 1954, 28 de junio de 1981, 22 de octubre de 1962, 3 de abril de 1965, 29 de octubre de 1969, 4 de marzo de 1970, 29 de octubre de 1971, 22 de diciembre de 1973, 14 de junio de 1974, ...), es decir, es la modificación subjetiva en la situación arrendaticia (sustitución de la persona del arrendatario, introducción compartida de un tercero o cese de un coarriendo mancomunado) lo que opera como causa resolutoria, en tanto comporta cambios en el derecho de uso con las obligaciones que del mismo se derivan, que no pueden hacerse sin consentimiento de la propiedad, por ser facultades inherentes al dominio. En definitiva, la introducción de un tercero en el vínculo arrendaticio, de faltar la autorización del arrendador, llámese cesión, traspaso o subarriendo, genera la causa resolutoria prevenida en la ley especial, como así ha venido reconociéndose por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias que constituyen doctrina bien consolidada, siendo irrelevante a estos efectos que la cesión haya sido onerosa o a título gratuito (SSTS de 13 de mayo de 1970, 19 de octubre de 1972, 12 de junio de 1973).

En este concepto, revelador de cesión, subarriendo o traspaso (no es necesario precisar, por parte del actor, el título del disfrute SSTS de 18 de octubre de 1973, 25 de junio de 1983, 28 de febrero de 1986), deben incluirse:

a) La constitución de una sociedad, con personalidad jurídica propia (supone la sustitución de una persona individual por una persona jurídica) o en régimen de mera comunidad (sustitución por el conjunto de Personas constituyentes de la comunidad), entre el arrendata-

# laleydigitalconcurasal.es

Cuente con la firma de un gran especialista ante las constantes reformas legislativas

**exactamente** lo que necesita  
**en materia concursal**

Coordinadora: **Juana Pulgar Ezquerra**

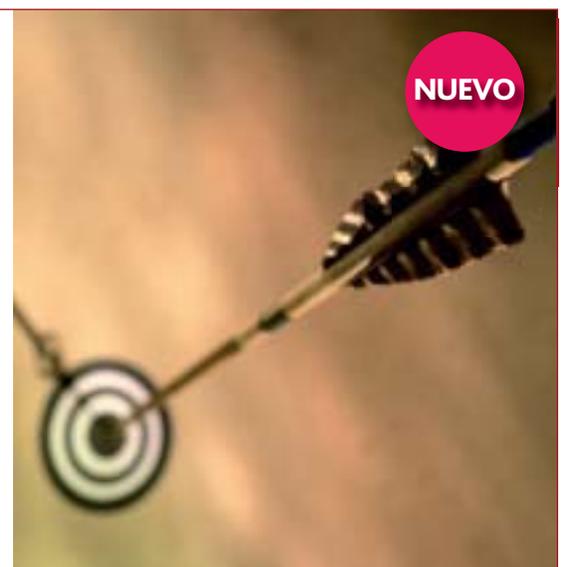
Catedrático de Derecho mercantil. Directora de la revista *Derecho Concursal y Paraconcursal*

 LA LEY  
 grupo Wolters Kluwer

Un paso  
 por delante

Más información en nuestro  
 Servicio de Atención al Cliente:  
 902 250 500 tel • clientes@laley.es

 laleydigital.es  
 exactamente lo que necesita.



rio y un tercero (SSTS de 9 de marzo de 1956, 5 de febrero de 1964, 13 de diciembre de 1976, 13 de noviembre de 1991, 9 de junio de 1992...) con sede social en los mismos locales arrendados y dedicada a idéntico negocio que el que en ellos ejercía el arrendatario. Incluso la fusión de sociedades por absorción, desapareciendo la absorbida (sin perjuicio del art. 31.4 TRLAU 1964), si bien *no se considera causa resolutoria por cesión de vivienda, la mera designación en la vivienda de un domicilio social, sin ocupación o aprovechamiento real* (STS de 16 de octubre de 2009, SAP Barcelona, Secc. 13, de 16 de noviembre de 2010).

b) La introducción de una persona jurídica, aunque tenga carácter familiar o sea creada por los arrendatarios (STS de 7 de enero de 1991) dado que al tener personalidad jurídica propia, independiente de los accionistas, se produce una mutación subjetiva en la ocupación del local que trasciende, no sólo a la posibilidad del beneficiario de la explotación, en relación con los derechos de traspaso, sino también a las causas de extinción de la propia persona. También debe considerarse «introducción» la coexistencia de dos sociedades, en el mismo local arrendado por una de ellas, al suponer una cesión total o parcial, aunque tengan los mismos socios, objeto y patrimonio (SSTS de 20 de febrero de 1962, 6 de abril de 1987). Abundan en lo expuesto, las SSTS de 7 de enero de 1991, 4 de abril de 1991 y 2 de marzo de 1991, en la primera llega a declararse que «lo prohibido es el aprovechamiento, la ventaja o el beneficio obtenido por un tercero, aun con anuencia del arrendatario, que puede resultar también beneficiado, sin respetar la voluntad del arrendador, a quien pertenecen las facultades dispositivas, dado que el uso y goce se ceden en exclusiva al arrendatario y no a un tercero.»

c) Los supuestos de cotitularidad arrendaticia, cuando se separa alguno de los titulares, continuando los demás, supone un cambio o modificación subjetiva de la persona del arrendatario, determinante de la resolución del contrato (STS de 26 de enero de 2008); en principio, la convivencia de familiares no puede presumir la existencia de subarriendo, así: en los supuestos de padres a hijos, en una completa dependencia económica, careciendo éstos —menores y bajo la potestad de aquellos— carezcan de toda clase de bienes; pero no entre hermanos, ajenos al concepto de «unidad y dependencia» (SSTS de 15 de febrero de 1963, 6 de noviembre de 1991).

d) No se considera cesión la *fusión por absorción*, pues si bien se produce la ex-



tinción de la personalidad de la sociedad absorbida, la absorbente adquiere el patrimonio de ésta y se produce la adquisición por la sucesión universal de los derechos y obligaciones de la absorbida, de forma que queda vinculada, activa y pasivamente, por las relaciones contractuales que ligaban a la absorbida con terceros, lo que determina que no sea causa de extinción de las relaciones contractuales la extinción de la personalidad jurídica a cuyo favor se celebraron, precisamente por esa sucesión universal que se produce por la fusión, y es evidente que entre esos contratos se encuentran los arrendamientos, singularmente el de local de negocio, en cuanto forma parte importante del activo de la sociedad (SSTS 6 de noviembre de 2002, 30.4.2007, 8 de febrero de 2008,...; SAP Barcelona, Secc. 13, de 22 de diciembre de 2010).

Así se ha pronunciado la Secc. 13 de la AP de Barcelona, entre otras, en sentencias de 14 de febrero de 2007, 27 de febrero de 2008, 1 de octubre de 2008, 1 de abril de 2009, 29 de septiembre de 2009, 9 de marzo de 2010, 1 y 29 de septiembre de 2010, 17 de mayo de 2011,...

En orden a la prueba: a) la existencia del subarriendo, cesión o traspaso, no exige una prueba directa (de que es cesión, traspaso o subarriendo, de que es ilegal, de que es inconstitucional), dado el carácter simulativo o clandestino con que se desenvuelven este tipo de negocios (no intervino en la convención que les dio vida), sino que basta la mera presencia en el objeto arrendado de un tercero ajeno al contrato, para que constituya causa de resolución (así, existencia de placas o rótulos que indiquen otra profesión o industria de la del arrendatario acompañada del disfrute de hecho de todo o parte del local, así las SSTS de 13 de noviembre de 1991, 12 de noviembre de 1993, o el alta en

la contribución de persona distinta del arrendatario, quien —en su caso— debe acreditar que disfruta realmente del local, así SSTS de 2 de junio de 1969, 16 de noviembre de 1974,... la existencia de documentación administrativa como la relativa a los servicios de agua y luz a nombre de persona distinta del arrendatario), pues, la introducción de un tercero en la cosa arrendada sin título legítimo que justifique su ocupación, es bastante *para presumir* y tener por probada la existencia de un subarriendo o cesión, y con ello para la resolución del contrato (SSTS de 18 de noviembre de 1961, 6 de abril de 1966, 23 de febrero de 1967, 3 de octubre de 1967, 17 y 21 de mayo de 1969, 7 de octubre de 1971, 12 de junio de 1972, 8 de mayo de 1987, 18 de octubre de 1989, 14 de julio de 1998, 5 de mayo de 1999...); b) consecuentemente, se produce una inversión de la carga de la prueba al tener que justificar el arrendatario demandado la legalidad (cumplimiento de los requisitos de la LAU, STS 27 de junio de 1994) de la introducción del tercero en el uso y disfrute de la cosa arrendada (STS de 10 de abril de 1970), de un modo pleno, como señala la sentencia de 30.5.1972 indicativa de que esa ocupación «ha de ser satisfactoriamente justificada por el arrendatario para destruir la presunción de ilegalidad que lógicamente se deriva de aquella ocupación de la vivienda o del local de negocio», recalando las SSTS de 1 de mayo de 1961 y 11 de abril de 1973 que «el arrendamiento urbano, caracterizado por la cesión del uso o goce de una cosa por tiempo determinado y precio cierto, se desenvuelve normalmente entre las personas que en concepto de arrendador y arrendatario celebraron el contrato y la alteración de tales elementos personales, para quedar legitimada, necesita fundarse en título legal o contractual que lo autorice, título que debe estar plenamente justificado por la parte que lo invoque» (de alegarse

el «traspaso» por el arrendatario, debe acreditar, aparte de los requisitos legales, la existencia de precio cierto y tiempo determinado); o, en todo caso, que la modificación subjetiva ha sido consentida o aceptada por el arrendador, teniendo presente que conocimiento o tolerancia en la ocupación no es sinónimo de consentimiento (STS de 16 de noviembre de 1962, SAP Barcelona, Secc. 13, 21 de enero de 1999), y que el consentimiento tácito que legitima la cesión debe deducirse *de hechos concluyentes e inequívocos*, que lleven al convencimiento de haber existido autorización en la sustitución (SSTS de 29 de abril de 1963, 15 y 30 de octubre de 1971, 10 de marzo de 1973, 21 de febrero de 1987, 30 de junio de 1992, 22 de diciembre de 1992 ...), sin que sea lícito deducir la declaración de voluntad emitida indirectamente, de expresiones o actitudes de dudosa significación sino por el contrario reveladora del designio de crear, modificar o extinguir algún derecho (SSTS de 8 de febrero de 1964, 22 de diciembre de 1992), considerándose reveladora de la aquiescencia tácita el haber dejado transcurrir más de 4 años cobrando la renta a una «nueva» sociedad, sin impugnar la cesión (SAP Barcelona, Secc. 13, de 22 de diciembre de 2010, SSTS de 7 de marzo de 1989, 30 de junio de 1992); no es válido el consentimiento prestado por el administrador (la autorización para el traspaso no es un acto de administración, porque la autorización lleva implícita la renuncia al tanteo y al retracto), cuya aprobación por la propiedad no conste.

## 2. A instancia del arrendatario

Art. 115.2.º TRLAU (en relación con los arts. 107 TR y 1154.2.º CC) *por no efectuar el arrendador las reparaciones necesarias, a fin de conservar la vivienda o local de negocio, sus instalaciones o servicios o las cosas de uso necesario o común en la finca en estado de servir para lo pactado en el contrato.*

Art. 27.3 a) en relación con el art. 21 LAU 1994.

El arrendatario debe acreditar: 1) que se trata de obras necesarias (informe pericial técnico) o que son exigidas por autoridad competente; 2) haber interesado del arrendador la realización de las obras en un tiempo prudencial (comunicación fehaciente) a efectos de prueba, ex art. 1559.2 CC, y posibilitar que el arrendador compruebe la necesidad de hacer las reparaciones; 3) que el arrendador no conteste (en cuyo caso, corresponde la acreditación de la contestación al arrendador) o se niegue, a la realización de dichas obras. ■



## Práctica Forense

Estrategias del perito en el acto del juicio oral

LA LEY 17370/2011

# Estrategias del perito en el acto del juicio oral

Juan Francisco ORELLANA DE CASTRO  
 Abogado, Perito calígrafo, Perito en falsedades en el ámbito de la propiedad intelectual e industrial  
 Socio de «Gabinete Jurídico-Pericial Orellana»

*«La actuación del Perito en el juicio oral tiene una gran transcendencia en el proceso, pues su capacidad para expresar oralmente sus razonamientos técnicos y conclusiones tendrá una influencia notoria en la convicción que pueda formarse el Juez sobre los hechos sometidos a debate. En caso de contradicción pericial estas cualidades del Perito adquieren todavía mayor relevancia. Sin duda la utilización de las nuevas tecnologías que complementen su declaración en el acto de juicio, facilitarán la comprensión y valoración de su dictamen por parte de los Tribunales».*

## I. INTRODUCCIÓN

En este artículo pretendo aportar, a partir de mi propia experiencia tras treinta años de ejercicio, algunas estrategias en el campo de la pericia forense, concretamente en lo que se refiere a la actuación del experto en el acto de juicio oral que es el marco donde se desarrollan las pruebas en el proceso cumpliendo los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad (1), y donde el Perito adquiere mayor relevancia y protagonismo.

Quizás mi doble condición de experto judicial (en el ámbito de la pericia grafoscópica, documentoscópica y de las falsedades en el ámbito de la propiedad intelectual e industrial), y de abogado en ejercicio, me permite tratar este tema con una mayor amplitud de miras, desde varios prismas. Por una parte el que deriva del propio Perito en cuanto a las cualidades de fondo y de forma que debe poseer y poner de manifiesto en el plenario, y por otra parte desde la vertiente jurídica, que me permite conocer los pormenores del proceso y saber lo que pretenden los Letrados desde los estrados, a través del interrogatorio, donde tratarán de destacar y sacar «brillo» a las respuestas de los Peritos que les benefician, y evidenciar y magnificar los posibles errores o fallos de los Peritos cuyas conclusiones no sean acordes con sus pretensiones.

## II. IMPORTANCIA DE LA ACTUACIÓN DEL PERITO EN EL ACTO DE JUICIO

Sin duda el Perito, por bien que haya elaborado un dictamen sólido y razonado, tanto en su presentación, como en su metodología y desarrollo analítico, debe saber que su actuación en el juicio resultará la mayor parte de veces fundamental para la consideración de la prueba. Ello se hace más evidente en los casos de «contradicción pericial» donde concurrirán dictámenes contradictorios en un mismo proceso, situación que se da con mucha frecuencia en cuanto que la Ley procesal establece la aportación de dictámenes en la fase de alegaciones por parte de actores y demandados.

Al Perito no sólo se le exigirá una buena expresión escrita en su informe, formulando sus razonamientos con claridad, rigurosidad y cientifismo, sino que deberá posteriormente confirmar estas premisas en el acto de juicio oral, donde el escenario en el que se encontrará es completamente distinto. Aquí deberá superar la presión y el «miedo escénico» que genera la Sala de vistas, con los abogados en el estrado, el propio Juez como garante y director del acto, y todo ello aderezado con la presencia de público, micrófonos, sistemas de grabación, etc. Sin duda entran en juego otras cualidades del Perito como son la

autoconfianza, autocontrol, sangre fría, capacidad de seducción, persuasión y convicción, capacidad de síntesis pero también de improvisación, agilidad mental y buena oratoria. No me cabe duda que un buen dictamen puede verse diluido o incluso perder credibilidad con una actuación deficiente del Perito en el acto de juicio oral, siendo este momento procesal el que sin duda merece mayor atención y preparación por su parte.

Así pues, con la LEC del 2000 resulta más exigente la capacitación del Perito en el proceso, pues a su conocimiento técnico y científico se deberá unir su capacidad narrativa tanto en el ámbito escrito como en el verbal. En este sentido, el Perito deberá preparar, estructurar y revisar concienzudamente el dictamen que aporta al proceso, ya que éste será objeto de un pormenorizado análisis y «dissección» por las partes, para luego someter al Perito a un duro examen durante su exposición verbal. Cualquier error o contradicción que pueda detectarse en el informe escrito podrá servir como arma para desmontar la tesis del Perito a través del interrogatorio por parte de un abogado hábil y con experiencia, que posiblemente se haya asesorado de su propio experto o de un experto ajeno al proceso. En mi caso, al formar parte de un Gabinete pericial colectivo, siempre procuro que mi socio efectúe una última revisión de mi dictamen, como paso previo antes de entregarlo. Ello resulta de gran ayuda para evitar cualquier error de forma (redacción) o de fondo (metodología, proceso analítico y conclusiones), pues a veces a uno mismo se pueden escapar fallos u omisiones a pesar de haber repasado el texto en repetidas ocasiones. Resulta una buena manera de «blindar» el dictamen.

En otro orden de cosas, resulta a mi juicio muy importante que exista una estrecha colaboración entre el Letrado y el Perito privado que ha emitido el dictamen a su instancia, con el fin de que éste, desde su vertiente técnica, le asesore sobre el tipo de preguntas que deberá formularle y sobre su mejor secuencia, por ejemplo desde las más generales (se afirma y ratifica Vd. en el dictamen aportado), hasta las más particulares y específicas que inciden sobre aquellos puntos esenciales que apoyan la pretensión de la parte, y que por lo tanto tendrán un mayor impacto al final del interrogatorio. En caso de que exista un dictamen contradictorio, el Perito deberá analizarlo con la debida profundidad para señalar a su Letrado aquellos puntos sobre los que difiere así como cualquier error, contradicción o punto débil, y ayudarle de este modo a preparar el interrogatorio de este Perito contrario en cuanto al contenido, orden

y alcance de las preguntas. Anteriormente decía que una mala actuación del perito puede desmerecer un buen dictamen, pero también cabe señalar que una deficiente actuación del Letrado en el juicio, omitiendo preguntas u observaciones importantes, con una falta de preparación y contundencia en el interrogatorio pericial, sin haber incidido en puntos esenciales del propio dictamen de su Perito y en los puntos oscuros o erróneos del dictamen contrario, pueden minimizar o anular el alcance y valor de su prueba.

## III. ACTITUD Y ESTRATEGIAS DEL PERITO EN EL ACTO DE JUICIO

Una vez aportado y revisado el dictamen al proceso, preparados los interrogatorios periciales con el Letrado, y analizado en su caso el dictamen contrario, llegará el momento del acto supremo y solemne del juicio oral, momento procesal donde se desarrollará la prueba bajo los principios de publicidad, oralidad, concentración y contradicción y donde se puede requerir la presencia del Perito. Éste deberá tener la suficiente seguridad y confianza en su dictamen y en su oratoria (2) para afrontar este acto con garantías. Al hilo de esta cuestión me permito señalar algunas pautas y estrategias que me ha aportado la experiencia durante estos años de ejercicio:

a) Aunque parezca un tema baladí, es muy importante velar por la imagen que ofrece el Perito en el juicio, y en este sentido su atuendo y cuidado personal ayudarán a generarse un mayor respeto y consideración. En mi caso siempre he acudido ante los Tribunales con traje y corbata, tanto en mi actuación como Letrado como en mi actuación como Perito, y aunque alguien pueda entender desfasada esta formalidad, siempre he percibido una actitud más receptiva, atenta y respetuosa de las partes y del Tribunal cuando cumplo esta premisa.

b) Utilizar un lenguaje claro, directo y comprensible. Ser conciso y riguroso en nuestra exposición, sin perderse en cuestiones superfluas, en divagaciones o ambigüedades. Huir de excesivos tecnicismos, pero tampoco caer en un lenguaje coloquial y vulgar.

c) Exponer y razonar tus respuestas de forma pausada, clara y con voz firme, sin vacilaciones.

d) Formular las reservas o limitaciones que deriven del análisis de la cuestión planteada, y señalar también aquellos puntos que puedan favorecer a la parte que no haya solicitado nuestro informe. El Perito tiene que saber que se le

impone el deber de veracidad en sus manifestaciones, por lo que deberá exponer de forma abierta y objetiva aquellos puntos de su informe que puedan limitar o estar en desacuerdo con la pretensión de la parte solicitante. Creo sinceramente que ello otorgará mayor valor al contenido del informe, por su objetividad. El querer mantener a toda costa criterios forzados restarán fiabilidad y credibilidad al Perito. Además, esta obligación de actuar con objetividad y de conocimiento las sanciones penales en las que puede incurrir, en caso contrario, viene previsto expresamente en el artículo 335 de la LEC. Esta prevención legal deberá consignarse expresamente en el dictamen so pena de que el Tribunal no le otorgue el valor de prueba pericial.

e) Sólo contestar a aquéllas las ampliaciones del dictamen o puntos conexos que se nos soliciten en el caso de poder resolverlas en el mismo acto de juicio, en caso contrario señalar directamente al Tribunal que no tenemos las herramientas necesarias para contestarlas en ese momento, solicitando un plazo más extenso para formular esta ampliación si fuera posible.

f) No ponerse nervioso ni perder la compostura ante preguntas que pueden rozar la impertinencia o que buscan cuestionar nuestra honorabilidad e imparcialidad. Hay que pensar que el Juez es el único autorizado para inadmitir la formulación de alguna pregunta, y en tanto en cuanto una pregunta haya sido admitida por éste, el Perito no tiene más remedio que contestarla. Recuerdo que en un curso de formación de Peritos, un Magistrado que actuaba como profesor nos dijo que muchas veces los Jueces son laxos y permisivos ante la presión a veces «asfixiante» a la que se somete al Perito a través del interrogatorio, los Letrados, con la finalidad de comprobar la seguridad, firmeza y convicción del Perito y para tratar de identificar, al fin y al cabo, la verdad sobre los hechos controvertidos. En aras a priorizar el «bien jurídico protegido», los Jueces permiten muchas veces este tipo de preguntas hasta en tanto no traspasen el límite de la falta de respeto o agresión verbal hacia el Perito.

g) Ser respetuoso con las partes, el Tribunal y los otros Peritos que puedan concurrir en el juicio.

h) Mostrarse humilde pero contundente en nuestra exposición y argumentación, y huir de actitudes repotentes e inflexibles que lo único que pueden provocar es una actitud de rechazo o cuestionamiento de nuestros planteamientos.

i) No hacer juicios de valor sobre hechos o datos ajenos a nuestra actividad pericial, y ser congruente siempre con nuestro dictamen.

**Todos estos ejemplos de casos reales son transpolables a otro tipo de especialidades en el ámbito de la pericia forense. Con ello animo a los Tribunales, Letrados y a los propios Peritos a que presenten sus dictámenes en el juicio valiéndose de estos medios técnicos, que potenciarán sin duda la fuerza probatoria del dictamen**

j) No dejar que el Letrado nos lleve a su terreno creando confusión, magnificando cuestiones irrelevantes de nuestro dictamen o poniendo en nuestra boca afirmaciones que no hayamos hecho. El Perito es el «dueño y señor» de su dictamen y de la cuestión técnica sometida a debate. Tiene que ser consciente de que el más que nadie tiene conocimiento real y profundo sobre la materia discutida. No debe por tanto desviarse al terreno que más le interesa al Letrado que no está de acuerdo con nuestras conclusiones, y en el que seguramente no se desenvolverá tan bien, sino que debe procurar siempre moverse en su terreno, mediante respuestas precisas y concisas, razonadas y bien fundamentadas que no se alarguen más allá de lo necesario. Debe evitar asimismo contestaciones que puedan extenderse a cuestiones superfluas o ajenas a la propia pericial, a través de preguntas que pretendan crearle confusión o provocar su desconcentración y nerviosismo. En cualquier caso, decir que el Perito también tiene otros recursos para hacer frente a estas preguntas malintencionadas, como por ejemplo pedir al Letrado que nos fije o clarifique la pregunta, o que nos concrete, a través del Tribunal, qué conocimiento técnico quiere extraer de la misma.

#### **IV. ESPECIAL ATENCIÓN A LA «CONTRADICCIÓN PERICIAL» EN EL ACTO DE JUICIO**

En el caso de «contradicción pericial» (3), cuando el Perito concurra al juicio con otro u otros Peritos que hayan emitido informes contradictorios al suyo, debe saber que la LEC permite expresamente la contradicción pericial y autoriza la crítica del informe contrario, sin vulnerar por ello las reglas deontológicas de nuestra profesión. El art. 347 señala cuáles serán las actuaciones del perito en el acto de juicio, y en su punto 5 prevé expresamente «la

crítica del dictamen del Perito de la parte contraria». Con ello se pretende que otro experto en la misma especialidad técnica, científica o artística sometida a debate pueda plantear diferencias metodológicas y de criterio hacia un colega, y todo ello con el único fin de ayudar a formar la convicción del Juez en base al criterio pericial más fundamentado.

En la jurisdicción civil la práctica conjunta de la prueba pericial en el acto de juicio oral es cada vez más frecuente, aunque la Ley procesal civil no lo establezca expresamente (cosa que en cambio sí prevé expresamente el art. 724 Ley de Enjuiciamiento Criminal para la Jurisdicción Penal, cuando los Peritos de una misma disciplina declaren sobre los mismos hechos). El careo entre Peritos nunca debe entenderse como un agresivo «cuerpo a cuerpo», sino en un intercambio de opiniones técnicas, o más concretamente de «saberes». En dicho careo serán las partes y el Juez quienes conducirán siempre los interrogatorios, dando la palabra a uno u otro Perito por turnos, y siguiendo el orden preestablecido: así normalmente los Peritos serán interrogados por su Letrado, luego por el Letrado contrario, y éstos podrán a su vez repreguntar al Perito de la contraparte. En última instancia será el propio Tribunal quien les podrá formular preguntas para puntualizar, ampliar o aclarar alguna cuestión que estime relevante.

La experiencia me demuestra que a pesar de que el Perito deberá esperar a que las partes o el Juez le brinden la oportunidad de manifestarse cuando concurre en el acto de juicio oral con otros colegas de forma conjunta, muchas veces el careo se convierte en una reafirmación inflexible de la postura pericial de cada experto, que entrarán en réplicas y contra réplicas utilizando un lenguaje técnico complejo que en nada ayuda a «dar luz» sobre el tema debatido, sino a crear mayor confusión. Mi opinión particular es que muchas veces resulta más esclarecedor que los Peritos expongan su pericial por orden sucesivo, de forma separada, sin interferencias y sometidos únicamente al interrogatorio de las partes y del Tribunal. Esta fórmula adquiere mayor relevancia cuando eres el último Perito en declarar, pues en este caso el Letrado que te ha propuesto ya habrá escuchado los argumentos de Perito contrario, y podrá incidir en aquellos puntos contradictorios que podrás rebatir a través de su interrogatorio, cosa que no habrá podido hacer el Perito contrario que ha declarado en primer lugar. Además, tu exposición

será la última en ser escuchada y por lo tanto puede quedar más retenida en la mente del Tribunal a la hora de formar su convicción (a pesar de que todo el juicio quede íntegramente grabado en un CD). De todos modos, me consta que algunos Letrados prefieren que los Peritos declaren conjuntamente cuando existe una clara diferencia de «calidad» y fundamentación entre las periciales confrontadas y en la capacidad verbal de los expertos, a fin de conseguir precisamente que sea el «mejor» Perito quien ponga en evidencia al otro, y pueda hacerle rectificar, en todo o en parte, su posición técnica.

#### **V. UTILIZACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA LA PRESENTACIÓN DE LOS DICTÁMENES EN EL ACTO DE JUICIO ORAL**

El art. 299 LEC ha supuesto un aspecto novedoso al abrir la puerta a las nuevas tecnologías como medio auxiliar en la exposición y comprensión de las pruebas durante el acto de juicio, y ello sin duda también resulta un medio o soporte idóneo para la prueba pericial. Habida cuenta de que lo que se trata en este acto es de emitir una serie de razonamientos técnicos o científicos contenidos en el dictamen, que se hagan comprensibles para las partes y para el Juez como premisa básica para que su adecuada valoración, resultará de gran ayuda el valerse de medios audiovisuales que complementen nuestra exposición y que hagan más evidente la demostración de nuestros resultados. Por otra parte, en pleno siglo XXI, la administración de justicia no puede mostrarse ajena a estos avances tecnológicos y debería proveer a los Juzgados y Salas de Vista de una infraestructura tecnológica y audiovisual que normalice este tipo de presentaciones por cuanto que facilitan la práctica de las pruebas, contribuyendo a que se imparta una mayor justicia que es el fin que se persigue.

Hay que tener en cuenta que muchas veces la declaración del Perito se convierte en un discurso farragoso y complejo de entender, y todavía más cuando son varios los Peritos que concurren conjuntamente con dictámenes contradictorios, en donde la defensa a ultranza de cada informe respectivo suele convertirse, como hemos dicho anteriormente, en una dialéctica cruzada de tecnicismos y términos especializados en la que el Tribunal, lejos de aclarar las discrepancias, no podrá extraer criterios claros y comprensibles. Es por ello que el utilizar medios audiovisuales (vídeos, imágenes, pre-

sentaciones) durante el acto de la vista facilitará la labor expositiva del Perito. Por ejemplo, el que un arquitecto utilice un vídeo para ir explicando y señalando las patologías de un inmueble o de una finca «in situ» que luego reproducirá en el acto de la vista al evacuar su informe, los vídeos o imágenes que ilustren una posible enfermedad, trastorno o lesión sometida al criterio de un Perito médico, o bien un reportaje gráfico o una filmación del lugar donde se haya producido un siniestro de tráfico para explicar los pormenores del mismo por parte de un Perito en accidentes, son elementos que facilitarán enormemente la comprensión del dictamen para todos los operadores jurídicos que intervienen en esta fase decisoria del proceso (4). Internet también puede servir como un eficaz sistema auxiliar para la explicación de una pericial, a través de la visualización directa de programas tales como el Google Maps u otros (5).

Recuerdo casos concretos en el ejercicio de mi profesión y de mi especialidad donde la utilización de medios técnicos y audiovisuales resultó muy importante para destacar y valorar la prueba pericial en el acto de juicio. Aquí van algunos ejemplos:

— En una ocasión un compañero, atendiendo a mi doble condición de Letrado y Perito, compareció en mi despacho para encargarme que le supliría en el acto de juicio oral de un asunto penal ante un Juzgado de Girona, donde existían cuatro periciales grafoscópicas, dos de ellas contrarias a otras las otros, de modo que se veía incapaz técnicamente de llevar el interrogatorio de Peritos para destacar las periciales que le favorecerían. Una vez me encomendó el asunto fue preciso que me creyera en primer lugar las periciales favorables a nuestra postura procesal para que pudiera preparar, conjuntamente con nuestros Peritos, su exposición en el acto de juicio a través un programa de presentación y animación de imágenes que causara mayor impacto en la vista. Tuvimos que ser nosotros los encargados de aportar el equipo informático ya que el Juzgado carecía de medios para ello (ordenador,

vídeo-proyector, pantalla), pero valió la pena ya que este tipo de prueba grafoscópica, cuya demostración es muy visual, resultó muy didáctica y explicativa para el Tribunal con la ayuda de este soporte audiovisual. Los otros dos Peritos en cambio no fueron tan claros ni didácticos en la exposición y demostración de sus resultados al carecer de este medio auxiliar. Ello sin duda favoreció la comprensión y valoración de nuestra prueba.

— En otra ocasión intervine como Perito en un procedimiento Civil por una reclamación de daños y perjuicios que derivaban de la falsedad de una partida de cajetillas de tabaco ante un Juzgado de Algeciras. Junto con el Letrado preparamos de forma minuciosa la exposición de mi pericial que acreditaba dicha falsedad a través de medios técnicos como un vídeo-espectro, microscopio, portátil, proyector y pantalla que pusieron en evidencia «en directo», en el acto de juicio, las diferencias evidentes que existían entre las cajetillas comparadas, y la distinta reacción luminiscente que presentaban las mismas sometidas a diversos filtros y luces, hecho que sin duda permitió confirmar al Tribunal «in situ» los resultados que exponía en mi dictamen y anexos.

— Lo mismo sucedió durante mi comparecencia como Perito en el acto de la vista en un procedimiento de Valladolid, donde acreditaba la falsedad de unas firmas a través de imágenes presentadas con power-point, debidamente ampliadas, y en las que quedaron claramente identificadas las discordancias existentes entre las firmas indubitadas y dubitadas, y los lugares donde se encontraban.

Todos estos ejemplos de casos reales son transpolables a otro tipo de especialidades en el ámbito de la pericia forense. Con ello animo a los Tribunales, Letrados y a los propios Peritos a que presenten sus dictámenes en el juicio valiéndose de estos medios técnicos, que potenciarán sin duda la fuerza probatoria del dictamen y facilitarán la demostración de sus resultados ante el Tribunal. ■

*Diario Jurídico LA LEY, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio 3/2010.*

(4) JURADO BELTRAN, David, *La prueba pericial civil*, Ed. Bosch.

(5) IZQUIERDO BLANCO, Pau, «¿Pueden practicarse interrogatorios con la Visión del Google Maps?», *Diario Jurídico LA LEY, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio 3/2010.*

## NOTAS

(1) ABEL LLUCH, Abel y PICO I JUNOY, Joan, *La prueba pericial*, Ed. Bosch Formación.

(2) RODRIGUEZ GARCÍA, M.ª Jesús, *Manual básico del Perito Judicial*, Ed. Dykinson.

(3) RODRIGO DE LARRUCEA, Carmen, «La contradicción en el dictamen pericial»,



## Práctica Forense

*Reflexiones de un perito ante la prueba pericial*

LA LEY 17372/2011

# Reflexiones de un perito ante la prueba pericial

Luis UBALDE SERRA

Luis UBALDE CLAVER

*Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*

*La potenciación de la inmediación y la oralidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil exige un mayor rigor al dictamen de peritos. El principio de veracidad y credibilidad de un buen dictamen reside en la formulación de unas respuestas que deben ser correctas, concretas, concisas y congruentes. Ello exige cada vez más la formación continua del perito en su especialidad y la mejora de su capacidad de comunicación.*

El dictamen de peritos es un medio de prueba ampliamente admitido en nuestra tradición procesal. El juez, sin ser experto en la materia técnica, científica, etc., que se precisa en un procedimiento, necesita saber de los conocimientos de especialidad que inciden en el litigio. El medio empleado en este sentido es el dictamen de peritos. La potenciación de la inmediación y la oralidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil desde su entrada en vigor al inicio de 2001 ha exigido que el dictamen de peritos sea más riguroso y ha realzado la función de la pericial aportada por las partes. Las reflexiones que se exponen en este artículo son el resultado de la experiencia percibida durante estos años de aplicación práctica de la Ley, observando la luz de requerir una mayor profesionalidad a los peritos y la sombra del nivel de formación general existente en la práctica pericial. Las consideraciones son en su mayor parte comunes a cualquier especialidad de pericia, y necesarias para que el dictaminador estructure su trabajo ordenadamente y sea convincente.

En un juicio se exige que el perito, ante todos los asistentes, exponga los fundamentos, argumentos y análisis que sirven para justificar sus conclusiones, y aclare todas las cuestiones formuladas que tengan razón de ser. La actitud del perito en la comparecencia pública debe ser respetuosa con el acto y todos los comparecientes. La respuesta verbal debe ser ágil, veraz y sin doblez, siendo consecuente con su dictamen, que ha estudiado y tiene bien preparado.

Adicionalmente, se puede pedir la crítica del dictamen por el perito de la parte contraria. La intervención contradictoria en el juicio o en la vista es muy positiva y noble cuando el dictamen se ha hecho con método. El dictaminador debe escuchar, atender la crítica de su dictamen con respeto, y responder y reconocer si los principios aportados por el contrario son más solventes.

Un error repetido es mantener, por parte del autor de un dictamen, un argumento o resultado equivocado, teniendo la evidencia de tal desacierto, siendo en este caso la actuación más inteligente y acertada el reconocimiento del error y su corrección. Puede ocurrir en algunos casos que haya discrepancias razonadas en un método o argumento, siendo admisibles varias opciones. En este caso, debe manifestarse que la opinión crítica tiene fundamento, pero que el dictaminador considera más acertada la propia en la aplicación concreta, al estar debidamente justificada.

Llegado a este punto, es necesario considerar que en todo procedimiento judicial cada parte dice y defiende su interpretación, aunque muchas veces no es tan fundada o completa como la expone. La razón más cierta obliga al dictaminador a actuar con cautela, reconociendo que muchas veces los mejores fundamentos y la descripción pormenorizada de los hechos y antecedentes se encuentran en ambas partes. Es lógico reconocer que la exposición que cada parte hace de los hechos da más esplendor y relevancia a los que la favorecen, cuando no silencio o desdi-



buja aquellos que pueden perturbar su petición. En cualquier caso, la prueba pericial tiene como objeto los hechos relacionados con la tutela judicial que se pretende obtener con el proceso, y debe ser pertinente, útil y legal.

Es frecuente encontrar, en los dictámenes aportados directamente por las partes, limitaciones en su alcance, ya que se analizan aquellos elementos que abundan en defensa del peticionario y convienen a sus intereses. Esta situación conduce a que en algunas ocasiones los dictámenes aportados directamente al proceso por cada parte interventora les falte compleción o en el peor de los casos confundan la pericia, o sean insubstanciales en la prueba. Este hecho provoca dictámenes que aun siendo ciertos en las respuestas de los extremos solicitados resuelven sus conclusiones con resultados discrepantes. Evidentemente, la dificultad de disponer de toda la documentación relacionada con el procedimiento es mucho menor para el perito nombrado judicialmente que para el designado por las partes. No cabe duda de que la imparcialidad mejor cimentada nace de la independencia en la denominación del autor, la calidad del dictamen y la información más completa y veraz.

Por ello, al perito nombrado judicialmente se le debe exigir mucho más en su dictamen, al disponer de la confianza plena otorgada por todos los operadores jurídicos y del conocimiento de toda la documentación aportada por las partes. La claridad del trabajo no debe llevar al perito a incluir temas colaterales cuando alteran o embarullan la petición concreta y admitida de los litigantes. Es más, la base sobre la que el perito debe asentar su dictamen es el conjunto de pruebas admitidas en el procedimiento, no teniendo la misión de incorporar pruebas adicionales salvo la prueba propiamente pericial.

Un aspecto relevante de la pericia es la presión a la que está sometido el

autor del dictamen. Obviamente existen aquellas actuaciones burdas que pretenden modificar el dictamen, pero la negación firme y el comportamiento ético del perito deben ser suficientes para que el interesado desista en su acción. Mucho más compleja es la presión ejercida por la lástima, donde se busca una cierta complicidad y enternecimiento con la desdicha de una de las partes, que puede alterar la conclusión profesional más cierta. El perito debe tener la experiencia suficiente y el sosiego para no anublar su criterio y, por ello, debe evitar el contagio de la pena. En todo momento, al perito se le debe exigir concreción, ser activo y completo en su respuesta útil e imparcial, debiendo tomar en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes interventoras.

Una vez exigido el comportamiento ético y la calidad de la prueba pericial es también necesario que los abogados, en el anhelo de defender a su parte, no empleen una dialéctica despreciativa y confusa para tergiversar la práctica, haciéndola inútil. Este tipo de preguntas y reacciones deberían evitarse por el riesgo de perder los mejores profesionales y aumentar la proliferación de dictámenes insubstanciales y ambiguos. Por su parte, el perito no debe ser temeroso de expresar su convicción y debe comprometerse en la validez de su exposición.

Esta actitud rigurosa no debe implicar que el perito se ampare en formulaciones técnicas con el propósito de verter resoluciones jurídicas en su razonamiento. Muchas veces se solicita al perito que responda aclaraciones donde se pretende que pondere determinados resultados del dictamen cuando esta función es objeto propio del juzgador. Por ello el perito debe evitar y declinar la respuesta con cortesía a formulaciones sutiles que incluyen que se pronuncie en aquellos temas ajenos a su competencia. El perito no ha de en-

trometarse en la función del juzgador; sino que debe aportar un dictamen que dé una respuesta correcta y concreta a los extremos solicitados, estableciendo los argumentos necesarios y fundados donde soporta sus consideraciones y conclusiones. Esta actitud expositiva es necesaria para que cualquiera de los operadores judiciales pueda conocer la deducción del resultado pericial y formular sus aclaraciones.

***El dictamen bien realizado, que da respuesta completa a los extremos solicitados y a las aclaraciones, exhorta a utilizar el recto raciocinio, pondera el razonamiento, la competencia y la objetividad. El mejor reconocimiento judicial de la prueba pericial es la función directora activa del juez***

El dictamen debe ser terminante, unívoco, técnicamente razonado y congruente con la cuestión concreta que se nos formula. No obstante, el perito puede sostener en su informe la imposibilidad de llegar a conclusiones por falta de datos o elementos suficientes. Es usual que tal situación se dé con mayor probabilidad cuando los hechos controvertidos respondan al pasado o a la proyección futura de hechos actuales y el perito no tenga certeza suficiente.

La exposición debe ser clara y entendible por todos. No cabe ampararse en la complejidad de la ciencia y la tecnología para no ser capaz de transmitir nuestro conocimiento de forma concisa, sencilla y clara. La base científica o tecnológica incorporada en la pericia debe ser sobria y emplear los recursos más comunes para resolver el problema planteado. Las dificultades en expresar la prueba pericial o las ambigüedades no suelen estar en la naturaleza del asunto, sino en el saber y la capacidad profesional del perito frente al tema cuestionado.

El dictaminador debe ser capaz de escribir su informe con una mínima corrección y estilo lingüístico, renunciando a cualquier ironía, imprecisiones y valoraciones injustificadas. El contenido y la exposición del dictamen que interviene en el litigio no deben ofender a nadie. La opinión profesional vertida, con todos sus matices, nunca debe simplificarse a un resultado de bueno o malo. Se debe ser prudente en el uso de adjetivos calificativos, especialmente cuando no

están acompañados de resultados o criterios objetivos que los justifiquen. El lenguaje rebuscado, ambiguo o ampuloso no permite razonar ni argumentar con una mínima claridad y suele provocar confusión de las ideas.

El informe del dictamen ha de ser un escrito que recorra ordenadamente los hechos, los analice y llegue a una conclusión congruente con certeza y compromiso. El incorporar en el escrito pericial el detalle del hecho estudiado, el método seguido, las reglas de comprobación y el proceso de deducción, permite que cualquier persona ajena a la prueba, independientemente de ella, pueda revisarlo, reconocer si existen errores y cerciorarse de la validez de las conclusiones.

El dictamen bien realizado, que da respuesta completa a los extremos solicitados y a las aclaraciones, exhorta a utilizar el recto raciocinio, pondera el razonamiento, la competencia y la objetividad. El mejor reconocimiento judicial de la prueba pericial es la función directora activa del juez que debe exigir la máxima calidad en la colaboración técnica, la ética en el comportamiento procesal y la imparcialidad.

Por todo lo antedicho, se entiende que el dictaminador ha de disponer de suficiente conocimiento técnico de su disciplina para poder informar en el proceso judicial de forma solvente y fehaciente; y además ha de tener suficiente capacidad de comunicación para poder transmitir la información, tanto en su documento escrito como en la vista oral, de forma clara, precisa, convincente y fiel a lo que pretende comunicar. Ambas facetas han de ser consideradas por el dictaminador y han de suscitar su formación continua. Por otra parte, el dictaminador debe analizar cada sentencia de aquellos procedimientos en que ha participado, para reconocer simplemente si su actuación resultante ha sido percibida de acuerdo con las reflexiones que se han expuesto. Cabe también, en este sentido, exhortar a los jueces para que evalúen cada actuación pericial. La formación nace siempre que se tenga la inquietud permanente de aprender.

Si nuestro compromiso es estimar la Justicia, la calidad requerida y permanente del dictamen de peritos debe ser un principio irrenunciable y exigible por todos los operadores judiciales. ■



## Dossier

Dossier de los tribunales sobre probática

Consulte los textos íntegros en [www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

LA LEY 17651/2011

# Dossier de los tribunales sobre probática

Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ

Doctor en Derecho. Juez sustituto  
Miembro del Equipo Académico del Instituto de Probática y Derecho Probatorio (ESADE-URL)

*El autor aborda tres cuestiones muy diferentes. En primer lugar, la eficacia —infirmativa— de los indicios aportados por unos acusados por estafa para desactivar la presunción judicial construida por la acusación, situando al juzgador en una situación insalvable de duda razonable. En segundo lugar, se va a tratar la eficacia probatoria de las fotografías que no contengan elementos que permitan corroborar el momento en que fueron tomadas. En tercer y último lugar, se reparará en los buenos resultados que proporciona la pericia psicológica en materia de detección de la mentira en víctimas de delitos cometidos en la clandestinidad y con ausencia de vestigios materiales.*

## I. ¿CÓMO DESTRUIR LA PRESUNCIÓN JUDICIAL DE SUSTRACCIÓN DE UN CHEQUE? UN SUGERENTE CASO DE INFIRMACIÓN

En Probática se conoce, bajo el término «infirmación» (1), cualquier otra conclusión opo- nible a una presunción (entendida ésta como razonamiento lógico que vincula el indicio con el *factum probandum*). La infirmación se puede llevar a térmi- no, principalmente, de dos maneras: a) aduciendo que los indicios introducidos por la parte contraria pueden explicarse por distintos hechos, de modo que, de los mismos, se puede inferir con igual fuerza lógica la afirmación que preten- de probar el *a priori* favorecido por la presunción, como otra u otras diferen- tes afirmaciones (por ejemplo, el solo indicio consistente en la tenencia de un objeto previamente denunciado como sustraído, puede tener explicación como resultancia de un hurto, pero encuentra encaje también en la receptación o en el hurto de hallazgo); b) aportando, el perjudicado por la presunción, indicios distintos a los ya esgrimidos por quien defiende la presunción, los cuales, su- mados a los obrantes en la causa —que se aceptan y asumen—, dan lugar a una masa indiciaria sobre la que es posible

sostener ambas hipótesis fácticas (la sostenida por quien presume y la de- fendida por quien infirma) (2).

De esta última clase de infirmación se contiene un ejemplo, sumamente ilus- trativo, en la SAP Pontevedra, Secc. 4.ª, 19/2010, de 10 de junio, Rec. 33/2009 (LA LEY 147730/2010), que pasamos a analizar.

Los hechos probados, en esencia, fue- ron los siguientes: «El día 17/10/01, los cónyuges Dimas y Bibiana otorga- ron poder a favor del acusado, Víctor, abogado en ejercicio (...). Haciendo uso del citado poder, el acusado Víctor realizó actividades tendentes a la venta de la finca propiedad de Dimas, sita en Lordelo (...) y, a tal efecto, en el mes de abril de 2003, contactó y negoció con el también acusado, Alejandro (...), llegando ambos al acuerdo de forma- lizar un contrato de compraventa del referido inmueble que adquirirían para la sociedad de gananciales los también acusados, Olegario (...) y Eugenia (...). En fecha 29 de abril de 2003 se otorgó

Escritura Pública de compraventa (...) por precio de 120.000 euros que la parte vendedora, Dimas, representada por el acusado, Víctor, manifiesta haber percibido con anterioridad, otorgándose carta de pago al comprador, Olegario».

Víctor sostiene —acusando, entre otros, a Alejandro— que le entregaron un cheque bancario nominativo en la Notaría, por importe de 120.000 euros, como pago efectivo de la transmisión, y que, en un descuido, se lo sustrajeron.

Los indicios que aduce Víctor son los siguientes: i) en la mañana del propio día del otorgamiento de la escritura pública de venta se abrió una cuenta de crédito a favor de Olegario, con un límite de 175.000 euros; ii) con cargo a dicha cuenta se emitió, esa misma ma- ñana, un cheque bancario nominativo por importe de 120.000 euros; iii) con cargo a la misma cuenta de crédito se extrajeron en efectivo 42.273 euros, que Víctor sí admite haber recibido en la Notaría; iv) el cheque aludido fue in- gresado en la cuenta de crédito al día siguiente, siendo canjeado por 120.000 euros en efectivo. Todos estos indicios se sostienen en la prueba documental remitida al Juez instructor por la enti- dad bancaria en la que había sido abier- ta la cuenta de crédito.

Los hechos indiciarios, así expuestos, encuentran su mejor y más plausible explicación en la efectiva sustracción del cheque en la Notaría: La vendedora del inmueble, por boca de Víctor, confiesa recibido el importe de la transmisión y los compradores no pagan cantidad alguna, limitándose a entregar el cheque, recupe- rándolo seguidamente, en un descuido de Víctor, y canjeándolo al día siguiente en el banco por su valor en metálico.

Sin embargo, Alejandro, acusado de haber estafado a Víctor, acepta sin reparos los indicios alegados por este último y, a su vez, añade a la masa indiciaria los siguientes hechos —que resultan plenamente probados—: i) en la tarde del día en que se otorgó la escritura notarial, el propio Alejandro contactó con los responsables de la oficina de la entidad bancaria —en la que se había abierto esa misma mañana la cuenta de crédito— y les pidió que le canjea- ran el cheque por efectivo (porque así se lo había pedido Víctor), a lo que le respondieron que ello no era posi- ble hasta el día siguiente; ii) el dinero pagado a la vendedora —a través de Víctor— se tuvo que obtener de una empresa (se ignora si propia de Alejan- dro o de Olegario), según se acredita mediante la aportación de los apuntes correspondientes del Libro Diario de la Compañía (donde se asentó el reintegro de 120.000 euros en concepto «compra terreno de Lordelo»), asentados el día

del otorgamiento de la escritura pública de venta; iii) en la aludida escritura no se hizo constar que el pago se efectuara mediante la entrega de cheque bancario nominativo; iv) se pidió al Notario que les permitiera ocupar una de sus depen- dencias para contar dinero (como así testificaran el propio fedatario público y un oficial de éste).

A tales indicios, el órgano enjuiciador adiciona dos indicios más, de no poca importancia: i) Víctor incurrió en gra- ves contradicciones al relatar las cir- cunstancias de la entrega del cheque bancario en la Notaría (mientras que en sede de instrucción manifestó que se llegó a poner a disposición del fedatario público, en el plenario sostuvo exacta- mente lo contrario); ii) Víctor denunció los hechos un mes más tarde (cuando se supone que se daría cuenta de la au- sencia del cheque esa misma tarde o, a más tardar al día siguiente, sin que, a la par, alegue y pruebe que llamase a la Notaría para preguntar si lo habían en- contrado, por haberlo extraviado allá).

De cuanto se lleva expuesto, se des- prende, en primer lugar, que Alejandro consiguió con la introducción de ese cúmulo de indicios adicionales presen- tar una hipótesis fáctica de lo ocurrido, como mínimo, tan verosímil como la propia de Víctor. Y siendo que ambas tesis factuales son igualmente plausi- bles, porque los indicios obrantes en la causa apuntan a las dos con fuerza simi- lar, se concluye en la existencia de una duda más que razonable que no puede menos que suponer la absolución de Alejandro con respecto a la estafa que le imputa Víctor.

Asimismo, la sentencia comentada da pie a efectuar una consideración, si- quiera sea breve, sobre la trascendencia de la buena investigación de los hechos y la conveniencia de no desperdiciar la más mínima brizna de evidencia. Subya- ce en este caso la pregunta de por qué Víctor no interesó del Juez de Instruc- ción la averiguación del origen de los 120.000 euros que aporta esa tercera mercantil (¿se extrajeron de una cuenta bancaria? ¿se hallaban en la propia sede social, siendo tanto dinero?). A partir de la respuesta que se pudiera recibir a este respecto, hubiese resultado del mayor interés averiguar en qué mo- mento se extrajeron del banco o cuál era la razón de tener tanto dinero en la sede de una empresa, a riesgo de su- frir un robo. No parece suficientemen- te robusto, como soporte del indicio, la aportación de asientos de un Libro Diario que han podido asentarse tiempo después, a conveniencia (tan siquiera se precisa si el tal libro de contabilidad se encontraba debidamente legalizado). De lo que se desprende, en definitiva, la importancia capital de que la inves-

tigación sea lo más minuciosa posible, debiendo las propias partes colaborar activamente en sugerir líneas de inves-

tigación con las que se obtengan evidencias —cuantas más, mejor—, tanto de cargo, como de descargo.

## II. LA APORTACIÓN DE FOTOGRAFÍAS TOMADAS AD HOC PARA SOSTENER UNA DETERMINADA AFIRMACIÓN DE HECHO

No es infrecuente que los litigantes aporten fotografías al pleito, en las que no se aprecie el menor elemento que permita corroborar que fueron tomadas cuando se dice. En tales casos, debería negarse el menor valor probatorio a las instantáneas, habida cuenta lo sencillo que resulta, por lo general, manipular el hecho fotografiado.

Esto es lo que sucedió en el asunto del que trae causa la SAP Sevilla, Secc. 2.ª, 55/2009, de 4 de febrero, Rec. 2441/2008, FJ 2.º (LA LEY 64846/2009). «En el presente caso no puede estimarse acreditado que en la producción del resultado lesivo no concurría culpa por parte de la entidad demandada, teniendo en cuenta que se producen las lesiones por caída de la Sra. Alicia en una zona en obras que realizaba la entidad demandada, concretamente al tropezar con un palé que ocultaba parcialmente una zanja y como consecuencia cayó en su interior, habiendo sido contundentes las declaraciones de los testigos que depusieron en el acto del juicio oral en el sentido de que la zanja no se encontraba suficientemente señalizada, afirmando el Sr. Matías que la zanja no estaba cubierta con el palé que no se encontraba en la forma en que se recoge en las fotografías aportadas por la parte demandada, así como que no había señalización ni vallas, y la Sra. María afirmó igualmente que la zanja no estaba cubierta, no había vallas, ni pilón, ese día, por lo que en consecuencia ha de estimarse plenamente acreditada la responsabilidad de la entidad

demandada del resultado lesivo pues se produjo la caída de la actora en unas obras que estaba realizando en la calle que no se encontraban suficientemente señalizadas ni protegidas, cubierta la zanja sólo parcialmente por un palé y ha de considerarse esta falta de protección la causa directa y eficiente del resultado lesivo producido, estimando la Sala correctamente valorada la concurrencia de culpas en la propia víctima que sólo se valora en un cinco por ciento derivado del hecho de que la arqueta donde se produjo la caída se encuentra en una calle por la que pasaba habitualmente y existía espacio suficiente en el acerado para evitarla».

En el caso citado, la declaración de la demandante y la concurrencia de testimonios en el mismo sentido, permitieron desvirtuar por completo unas fotografías que se tomaron *ad hoc* para el litigio, previa adecuación del escenario a los intereses de la parte demandada. Pero, aun cuando no se hubiese dispuesto de esa contraprueba —demoledora—, la prudencia parece aconsejar que se niegue la menor eficacia probatoria a cualquier fotografía que no contenga elementos internos —en la propia imagen— o externos de corroboración. Bastaría con aportar una primera fotografía en la que apareciera, junto al elemento que se quiere captar, la imagen de la portada de un periódico, acompañando, eso sí, una segunda fotografía donde se apreciara esa portada con mayor nitidez al objeto de permitir la visualización correcta de la fecha de edición del rotativo.

## III. LA SIEMPRE DIFÍCIL DETERMINACIÓN DE LA CREDIBILIDAD DE LA VÍCTIMA DE ABUSOS SEXUALES Y LA UTILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL PSICOLÓGICA

Como ha señalado recientemente la STS, Sala 2.ª, 826/2011, de 20 de julio, Rec. 149/2011 (LA LEY 120107/2011), con ocasión de un caso de abusos sexuales, «(...) la constatación de la existencia de prueba de cargo suficientemente consistente presenta algunas dificultades cuando se trata de delitos cometidos sin más testigo presencial que la propia víctima y los hechos, por sus características, no han dejado vestigios significativos. En estos casos resulta especialmente relevante la disposición de elementos de corroboración que refuercen la versión de la víctima, así como la inexistencia de otros elementos que la debiliten. Ello requiere una valoración cuidadosa por parte de los tribunales, que deben extremar la exposición de los elementos que han tenido en cuenta para establecer los hechos que consideren finalmente probados. Cuando, además, la víctima es un menor de escasa edad o una persona con deficiencias mentales, las dificultades probatorias y valorativas se incrementan, pues es habitual la existencia de imprecisiones o contradicciones en aspectos periféricos o circunstanciales de los hechos relatados. Especialmente relevante en esos casos es el examen

del contenido de las distintas manifestaciones en relación concretamente con los aspectos sustanciales de los hechos. Aquellos precisamente que, por su significación o su carácter no habitual han podido impresionar de forma más directa a la víctima».

En el supuesto examinado por el Alto Tribunal, se atribuye notable relevancia «(...) a los dictámenes periciales que, aunque no pueden establecer la credibilidad de quien declara ante el Tribunal, permite razonar acerca de la inexistencia de indicios de fabulación o de la existencia de relatos previamente aprendidos».

Quizás, en todos estos casos en los que no se disponga de más testigo que la propia víctima y en los que no se pueda contar con elementos materiales de corroboración periférica (vestigios y rastros) sobre los que basar la credibilidad de la misma, la efectiva corroboración de su relato de lo ocurrido deba basarse en pruebas periciales psicológicas dirigidas, directa y expresamente, a evaluar su credibilidad con base en los criterios científicos procedentes de la Psicología del testimonio. ■

### NOTAS

(1) Para un conocimiento más profundo sobre el concepto, MUÑOZ SABATÉ, LL., *Curso de Probática Judicial*, edit. La Ley, Madrid, 2009, pp. 132 a 135.

(2) La infirmación por adición se distingue netamente de la «contraprueba» en que, en el caso de esta última, el perjudicado por la presunción no comparte ninguno de los indicios ya aportados de adverso y presenta su propia evidencia, absolutamente antagónica con la primera.

 LA LEY  
grupo Wolters Kluwer

EXCLUSIVO  
SERVICIO  
DE CONSULTAS

Resuelva sus dudas  
Contraste sus opiniones

FORO OFICINA  
JUDICIAL

Con formularios,  
documentación,  
esquemas  
e información relativa a  
la implantación  
de la Oficina Judicial

DIRECTOR

José María  
Asencio Mellado,  
Catedrático de Derecho  
Procesal de la  
Universidad de Alicante

# PRÁCTICA DE TRIBUNALES

Las respuestas que el profesional necesita  
en la práctica diaria del Derecho  
Procesal Civil y Mercantil

Y ADEMÁS...

- Las opiniones de los mejores especialistas en la materia desde todos los puntos de vista
- Prácticos comentarios sobre jurisprudencia constitucional e informes
- Modelos, formularios, esquemas prácticos. Todo sobre la práctica procesal civil
- Toda la actualidad sobre cursos, conferencias, novedades bibliográficas...



<http://practicadetribunales.laley.es>

MÁS INFORMACIÓN: 902 250 500 tel • 902 250 502 fax • clientes@laley.es • www.laley.es



## Dossier

Jurisprudencia sobre derecho probatorio

Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

LA LEY 17652/2011

# Jurisprudencia sobre derecho probatorio

*En el primer comentario sienta la clara distinción entre la escasez de prueba sobre un hecho y las reglas del onus probandi dirigidas a establecer qué parte debe sufrir las consecuencias desfavorables tan sólo en el supuesto de ausencia, que no escasez, de prueba de un hecho.*

*El segundo comentario se plantea si es posible acordar en el acto del juicio en la primera instancia la nulidad de un dictamen pericial médico designado judicialmente, a instancia de parte con base en el código deontológico médico al haber tratado dicho médico a la parte como paciente, y acto seguido dictar nueva providencia designado perito distinto para que practique nueva pericia.*

*En el tercer comentario se trata sobre el interrogado en el interrogatorio de jurídicas y la carga de indicar la no intervención en los hechos de la persona interrogada e indicar la identidad de las personas intervinientes en los mismos, aunque ello no obsta para que la parte proponente pueda designar nominativamente la persona que desea someter a interrogatorio.*

*Y en el cuarto y último comentario sobre el derecho constitucional a la prueba que no tiene carácter absoluto (sólo pruebas pertinentes y útiles), pero que la denegación de una prueba exige una motivación suficiente y que no hubiera podido ser decisiva para la defensa de quien propuso la prueba denegada.*

## I. SOBRE LA CARGA Y LA DOSIS DE LA PRUEBA

Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 30 de mayo de 2011, Ponente Excmo. D. Jesús Corbal Fernández

Xavier ABEL LLUCH

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

En el fundamento jurídico 3.º de la sentencia de referencia se lee: «No cabe confundir el tema del «onus probandi» con el de la dosis de prueba. La carga de la prueba no entra en juego aunque la prueba utilizada por el juzgador sea escasa o de mínima

entidad. Salvo los casos en que basta un principio de prueba, en los demás, la tasa de prueba exigible varía según las circunstancias del supuesto que se trate. Con arreglo al coeficiente de elasticidad de la prueba no es necesario una concreta tasa de prueba. Para la convic-

ción del juzgador puede ser suficiente cualquiera de los medios de prueba, o las presunciones; y la falta de entidad de una prueba sólo es denunciable en el recurso extraordinario, en sede del ordinal 4.º del art. 469.1 L 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), cuando incurra en irrazonabilidad o arbitrariedad. Pero este defecto constitucional (infracción del art. 24.1 CE) no es una mera hipótesis porque exige que se acredite su realidad, sin que baste la mera afirmación».

El fundamento transcrito nos permite distinguir algunas categorías fundamentales del Derecho Probatorio, cuales son las nociones de carga de la prueba y de dosis de prueba.

La carga de la prueba es una institución referida a la falta de prueba. O más precisamente una regla dirigida a establecer cuál de las partes debe sufrir las consecuencias desfavorables de la falta de prueba de un hecho. Pero interesa perfilar la noción de la carga de la prueba, en el orden conceptual, sistemático, temporal y de eficacia. En el orden conceptual, la institución de la carga de la prueba parte del presupuesto de la falta de prueba de los hechos controvertidos o, por seguir la dicción legal, parte del presupuesto que el «tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión» (art. 217.1 LEC). En el orden sistemático, la carga de la prueba se regula en el artículo 217 LEC, dentro de la sección rubricada «de los requisitos internos de la sentencia». En el orden temporal, la carga de la prueba despliega su eficacia una vez practicadas las pruebas, o por seguir la dicción legal «al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante» (art. 217.2 LEC). Y en el orden de la eficacia, la carga de la prueba no tiene por objeto distribuir los hechos que deben probar cada una de las partes ni contiene normas valorativas sobre la prueba, sino que constituye una regla de juicio, que determina a quien perjudica la falta de prueba o, en palabras de la STS de 5 de noviembre de 2001, «quien sufre las consecuencias de la falta de prueba de un hecho determinado».

Para que pueda entrar en juego las reglas de la carga de la prueba son necesarios, bien la inexistencia de actividad probatoria, bien que existiendo una mínima actividad probatoria el juez al efectuar la operación de valoración probatoria permanezca indeciso. De ahí se desprenden otras tres importantes consecuencias probatorias: 1.ª) No entrará en juego la regla de la carga de la prueba cuando haya existido una actividad probatoria que produzca la convicción judicial, cualquiera que sea la entidad (número y clase) de pruebas y cualquiera que sea la parte que las

haya aportado (principio de adquisición probatoria); 2.ª) La mínima actividad probatoria, esto es, cualquiera de los medios de prueba e incluso las presunciones puede producir la convicción judicial y excluir la aplicación de las reglas de la carga de la prueba; 3.ª) Es necesario que el ordenamiento jurídico establezca unas reglas legales que prevengan cuál de las partes deben sufrir las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba de un hecho.

La dosis de prueba es una institución referida al *quantum* de prueba, esto es, a la intensidad o cantidad de la prueba. Es lógicamente una cuestión que preocupa a todos los operadores jurídicos, tanto a los letrados en orden a preparar su estrategia probatoria en el proceso, cuanto a los jueces en orden a la motivación del juicio de hecho de la sentencia y la justificación de la convicción judicial. En el Derecho Probatorio se han manejado algunos criterios: así, en el proceso penal se alude al criterio del «beyond any reasonable doubt» y significa que para poder dictar una sentencia condenatoria en el proceso penal la prueba de la culpabilidad del imputado debe resultar acreditada más allá de cualquier duda razonable. Por su parte, en el proceso civil se alude al criterio de la *preponderance of evidence* (también llamado como *preponderance o probability, balance of probabilities o greater weight of evidence* y que significa que el juez debe tener por acreditadas aquellas afirmaciones fácticas que hayan recibido mayor sustento probatorio).

El Tribunal Supremo, en la sentencia comentada, alude a la dosis de prueba sobre la base de las siguientes afirmaciones: 1.º) No existe una dosis de prueba tasada, sino que varía en función de las circunstancias de cada caso; 2.º) La dosis de prueba debe medirse con arreglo al coeficiente de elasticidad de la prueba; 3.º) La dosis de prueba suficiente para generar la convicción judicial puede provenir de cualquier medio de prueba o de las presunciones. Interesa ahora profundizar en las anteriores afirmaciones.

1.º) No existe una dosis de prueba tasada, sino que varía en función de las circunstancias de cada caso. Históricamente, y en particular en la prueba testimonial, y desde el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas existía un sistema de prueba tasada o legal, que exigía un determinado número o calidad de testigos para la acreditación de un hecho. Así por ejemplo, en la Partida III, Título XVI, Ley 32, se decía «Dos testigos que sean de buena fama e que sean atales que no los puedan desecher por aquellas cosas que mandan la leyes deste nuestro libro, abonda para probar todo pleito en juyzio: fueras ende en razón de

quitamiento de deuda sobre que fuese fecha carta de escriturano público». Por el contrario, en la vigente LEC prima el sistema de libre valoración de la prueba (arts. 316.2 —para el interrogatorio de partes—; 348 —para la prueba pericial; 376 —para el interrogatorio de testigos—; 382 y 384 —para los medios audiovisuales e instrumentos informáticos—, todos ellos de la LEC), que comporta la necesidad de motivar el juicio de hecho de la sentencia, y aun en los supuestos de prueba tasada ésta no aparece vinculada a la exigencia de un determinado número o cantidad de pruebas, sino a los efectos de la prueba (arts. 316 y 319 LEC). La dosis o cantidad de prueba no viene establecida o prefijada de antemano ni legalmente para cada supuesto de hecho.

**El concepto de coeficiente de elasticidad de la prueba remite a la consideración que la suficiencia de la prueba es relativa y circunstancial, es decir, es necesaria la objetivación en la valoración de la prueba, pero esa valoración dependerá de la subjetiva convicción de cada juez, al no existir reglas tasadas**

2.º) La dosis de prueba debe medirse con arreglo al coeficiente de elasticidad de la prueba. El Tribunal Supremo alude a la noción del «coeficiente de elasticidad de la prueba» como parámetro para medir la dosis de prueba. Algunos autores, como SENTIS MELENDO, han intentado distinguir entre niveles de probabilidad de la prueba, y distinguir entre sospecha, conjetura, verosimilitud, probabilidad, *fumus boni iuris*, principio de prueba, indicios, prueba semiplena y prueba plena (1). Otros autores, como TARUFFO, distinguen entre verosimilitud y probabilidad, de modo que un hecho es probable cuando existen elementos objetivos para probarlo, mientras que un hecho es verosímil cuando las máximas de experiencias nos enseñan que pudo haber ocurrido (2). El concepto de «coeficiente de elasticidad de la prueba» es un concepto que aparece definido negativamente, de manera que no es necesaria una concreta tasa de prueba para que un hecho puede resultar acreditado. En sentido negativo, por tanto, no se necesita una determinada cantidad o calidad de las pruebas para tener por acreditado por un hecho. Pero, y en sentido positivo? El concepto de coeficiente de elasticidad de la prueba remite a la consideración que la suficiencia de la prueba es relativa y circunstancial, esto es y en otras palabras, es necesaria la objetivación en la valoración de la prueba —lo

cual se consigue mediante la motivación—, pero esa valoración dependerá de la subjetiva convicción de cada juez, al no existir reglas tasadas.

3.º) La dosis de prueba que genera la convicción judicial puede proceder de cualquier medio de prueba e incluso de las presunciones. En el ámbito del proceso penal, el Tribunal Constitucional ha desarrollado la jurisprudencia sobre la «mínima actividad probatoria», en virtud de la cual para poder declarar culpable a una persona imputada y para que pueda ser condenada se ha de desarrollar una mínima actividad de cargo. En el proceso civil, y aun sin aludir a la mínima actividad probatoria, el Tribunal Supremo indica que la prueba suficiente para generar la convicción judicial puede proceder de cualquier medio de prueba, lo cual significa: a) que existe libertad en la práctica y valoración de los medios de prueba, siempre y cuando, por supuesto, se trate de uno de los medios de pruebas legalmente previstos (art. 299 LEC); b) que no es necesario que concurren conjuntamente varios medios de prueba, sino que el Tribunal puede generar su convicción a partir de un solo medio de prueba; c) que a efectos de generar la convicción judicial ésta puede producir tanto un medio de prueba de libre valoración cuanto de un medio de prueba de valoración tasada.

A la anterior afirmación se une otra no menos importante, y es que la convicción judicial puede generarse no solamente a través de los medios de prueba legalmente previstos (art. 299 LEC), sino también las presunciones (arts. 385 y 386 LEC) que, como es sabido, no es *strictu sensu* un medio de prueba, sino un método de razonamiento, por el cual partiendo de un hecho (llamado hecho base) se llega a un hecho nuevo (llamado hecho presunto) aplicando un nexo lógico o, en palabras de la STS de 24 de mayo de 2004 (LA LEY 12715/2004) «la presunción se conforma en torno a tres datos o parámetros: la afirmación base —el hecho demostrado—; la afirmación presumida —el hecho que se trata de deducir—; y el nexo de ambas afirmaciones con arreglo a un lógico criterio humano, estando constituido este criterio por las reglas de la sana crítica de las usadas para la valoración de otros medios de prueba».

Otra cuestión que aborda la sentencia comentada es la relativa a la impugnación, a través del recurso de casación por infracción procesal, de la valoración probatoria. La más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo que, de forma excepcional, la indebida

valoración probatoria, que anteriormente había encuadrado en el núm. 2 del art. 469 LEC («infracción de las normas reguladoras de la sentencia»), debe ser denunciada actualmente al amparo del número 4.º del mismo art. 469 LEC («vulneración, en el proceso civil, de los

derechos fundamentales»). Además, la errónea valoración probatoria queda limitada a los supuestos en que la valoración probatoria sea irrazonable o arbitraria, como se alude en la sentencia comentada, a los que debemos añadir los supuestos de error patente.

## II. NULIDAD DE DICTAMEN PERICIAL ACORDADA ORALMENTE EN EL ACTO DEL JUICIO EN PRIMERA INSTANCIA Y POSTERIOR DESIGNACIÓN DE NUEVO PERITO JUDICIAL

Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 13 de abril de 2011, Ponente Excmo. D. Francisco Marín Castán

Xavier ABEL LLUCH

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

Los hechos relevantes, a los efectos de nuestro interés, para el comentario de la sentencia son los siguientes: 1.º) Se interpone demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad (3.758.989'40 €) por un particular contra una mercantil, una asociación y una compañía de seguros; 2.º) En el acto del juicio, celebrado el 16 de diciembre de 2005, se acordó la nulidad de la prueba pericial encomendada al médico D. Eumetio por haber tratado a la demandante, y acto seguido se dicta providencia nombrando a nuevo perito. Recurridas ambas resoluciones en reposición por la parte actora, fueron confirmadas por auto de 29 de febrero de 2006; 3.º) Practicada prueba pericial con el perito de nueva designación y las demás pruebas admitidas, se dictó sentencia en que se estimó parcialmente la demanda y se condena solidariamente a los demandados a pagar la cantidad de 626.035,22 €, más los intereses legales, sin condena en costas; 4.º) Interpuestos por la demandante y los dos demandados sendos recursos de apelación, se dicta sentencia por la Audiencia Provincial de Málaga en la que se condena a los demandados a abonar la suma de 230.419,49 €; 5.º) Interpuesto por la demandante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación, se alegó, entre otros motivos y en el recurso por infracción procesal, la falta de motivación y fundamentación del auto que acordó la nulidad del dictamen pericial.

La cuestión que nos interesa analizar, a la vista de las anteriores premisas, puede enunciarse del siguiente modo: ¿es posible acordar en el acto del juicio en la primera instancia la nulidad de un dictamen pericial médico designado judicialmente, nulidad solicitada por las partes demandadas con base al art. 43 Código Deontológico Médico al haber tratado dicho médico a la demandante como paciente, y acto seguido dictar

providencia designando perito distinto para que se practique nueva pericia?

Para ello podemos abordar sucesivamente los siguientes extremos.

1.º) La relación de dependencia como causa de recusación del perito. La introducción de un sistema de peritos dual —perito de partes y peritos de designación judicial— ha llevado al legislador a instaurar varios mecanismos para preservar la imparcialidad del perito. Existe un mecanismo de control común a todo perito, cual es el juramento o promesa de actuar con objetividad (art. 335.2 LEC), un mecanismo específico para el perito de parte, cual es la tacha (art. 343.1.II LEC) y dos mecanismos específicos para el perito de designación judicial, cuales son la abstención (art. 105 LEC) y la recusación (arts. 124 a 128 y 343.1 LEC).

A las causas de recusación comunes a jueces y magistrados, previstas en los arts. 219 y 220 LEC (art. 124.3 LEC) se añaden otras tres específicas de los peritos (art. 124.3.1.ª, 2.ª y 3.ª LEC): 1.º) Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso; 2.º) Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo, y 3.º) Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte en el proceso. Por otra parte, y en frontispicio de la regulación de la prueba pericial se impone al perito un deber de prestar juramento de actuación «con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio o cualquiera de las partes» (art. 335.2 LEC). Se ha dicho acertadamente que este juramento es una declaración expresa y escrita, que no puede entenderse implícitamente presente a partir de la consideración personal o profesional

del experto, a la que están obligados toda clase de peritos, tanto judiciales como extrajudiciales (3).

En el supuesto de hecho en que el perito designado judicialmente había tratado a la demandante como paciente puede afirmarse que concurría la causa de recusación («haber ejercido profesión con ocasión de los cual haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo», art. 219.13 LOPJ en relación con los arts. 99 y 124.3, ambos de la LEC), que se infringía el deber de actuar con objetividad del art. 335.2 LEC, y aun el art. 41.3 Código Deontológico de la profesión médica que establece la prohibición expresa entre la actuación como peritos y la asistencia al mismo paciente, amén de concurrir justa causa para la no aceptación en su momento del cargo de perito (art. 342.2 LEC), aspectos todos ellos ponderados en la sentencia comentada.

2.º) La posibilidad de alegar una causa de recusación del perito de designación judicial durante el acto del juicio.

Como pone de manifiesto la sentencia comentada el legislador fija un plazo temporal para la alegación de las causas de recusación de peritos de designación judicial y distingue dos supuestos: 1.º) Respecto a las causas de recusación conocidas no se podrán alegar después del juicio o a la vista; 2.º) Respecto de las causas de recusación concurrentes al momento de emitir el dictamen pero conocidas con posterioridad al juicio o a la vista, podrán alegarse antes de dictar sentencia, «y si esto no fuera posible, en segunda instancia» (art. 125.3 LEC). Por tanto, el legislador, en la hipótesis más frecuente de que la causa fuera conocida al momento de emitir el dictamen se limita a fijar un *dies a quo*: hasta el juicio o a la vista.

Nada impide, como apunta la sentencia comentada, que la causa de recusación sea puesta de manifiesto durante la celebración del juicio o la vista. Ahora bien, dado que el art. 125.1 LEC exige que la causa de recusación sea puesta de manifiesto mediante escrito firmado por abogado y procurador, en el que se exprese la causa de recusación y los

medios para probarla, de estimarse que la recusación puede plantearse al inicio del acto del juicio o de la vista, en puridad procesal, lo más adecuado hubiera sería la suspensión de las actuaciones procesales (acto del juicio o de la vista) para el trámite y resolución del incidente de recusación conforme a los arts. 125 y ss. LEC.

3.º) La denuncia de la irregularidad procesal a través de la nulidad de actuaciones.

En el caso, el juez de primera instancia acordó, mediante resolución oral, la nulidad de actuaciones del dictamen pericial en el acto del juicio y en presencia de las partes y del propio perito, acogiendo las razones expresadas por las demandadas. La parte actora recurrió en reposición y la juez de primera instancia confirmó esta resolución. El Tribunal Supremo valida este proceder bajo el argumento de que la nulidad de actuaciones, con fundamento en el art. 227.2 LEC, puede acordarse «antes que hubiera recaído resolución que ponga fin al proceso» y razona que, además, constituye un remedio por adelantado de una más que probable indefensión que habría hecho adolecer de falta de prueba la pretensión de indemnización.

Ahora bien, y como también insinúa la sentencia comentada, parece que la irregularidad procesal se tendría que haber denunciado, no tanto por la vía de la nulidad de actuaciones, cuanto por el incidente de recusación, que es el mecanismo más adecuado para poner de manifiesto la falta de imparcialidad y objetividad de un perito designado judicialmente.

Probablemente en el caso se optó por acudir a la vía de la nulidad de actuaciones para evitar la suspensión del acto del juicio y el trámite del incidente de recusación (presentación de escrito firmado por abogado y procurador, trasladado al perito recusado y a las partes, aceptación o rechazo de la causa de recusación por el perito y, en su caso, vista y resolución por medio de auto irrecorrible) y permite en el mismo acto del juicio declarar la nulidad del dictamen pericial y el inmediato y subsiguiente nombramiento de nuevo perito.

Los datos relevantes, a los efectos de nuestro comentario, pueden resumirse del siguiente modo:

1.º) La Correduría de Seguros Metrópolis 2001, S.L. interpone demanda de juicio ordinario contra Aviva, Vida y Pensiones, S.A. de Seguros y Reaseguros, sobre resolución de contrato de mediación; 2.º) Seguidos los trámites oportunos, se dictó sentencia en primera y segunda instancia con estimación parcial de la demanda; 3.º) La actora-apelante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación alegando, entre otros motivos, la infracción de los arts. 309.2 y 435.1.2.º LEC en relación con el art. 238.3.º LOPJ por no haber remediado el tribunal de apelación la infracción denunciada y consistente, en síntesis, «en no haber accedido por la juez de primera instancia a la petición de la hoy recurrente de que la compañía de seguros demandada identificara a la persona que por ella hubiera intervenido en aquellos hechos sobre los que la persona interrogada como representante de la misma compañía manifestó ignorar por no haber intervenido en ellos» (FJ 5.º); 4.º) En el recurso de apelación contra la sentencia de instancia la actora-recurrente interesó el recibimiento a prueba en la segunda instancia, al amparo del art. 460 LEC, para que se practicara interrogatorio a la demandada previo requerimiento a ésta para que designara a la persona que conociera los hechos que la persona interrogada en el juicio como representante legal de dicha parte había manifestado desconocer; 5.º) En la primera instancia, la prueba del interrogatorio de las partes se practicó en la persona designada como representante de la misma por la parte demandante.

A partir de los anteriores hechos nos interesa centrar nuestro comentario en los siguientes aspectos:

1) Regulación del interrogatorio de las partes de la persona jurídica. El art. 309 LEC, rubricado expresivamente, «interrogatorio de persona jurídica o de entidad sin personalidad» colma el vacío normativo de la LEC de 1881 con respecto al interrogatorio de las personas jurídicas, como venía reclamando la doctrina científica más autorizada, para evitar la práctica, tan habitual como insatisfactoria, que el legal representante de la persona jurídica se limitara, al absolver las posiciones de la antigua confesión en juicio a responder reiteradamente manifestando ignorar las respuestas. El objetivo fundamental y la razón de ser del art. 309 LEC es que comparezca a contestar el interrogatorio de las partes, en nombre de una persona jurídica, la persona que intervino como representante de dicha

persona jurídica y la persona que tuvo conocimiento personal de los hechos.

A tal efecto, la regulación legal establece las siguientes exigencias: a) que comparezca al interrogatorio el «representante en juicio», que es identificado como «representante en juicio» (art. 309.1 LEC), representante legal (art. 309.2 LEC), o simplemente representante (art. 309.3 LEC) y que debe ser identificado como el legal representante de la persona jurídica (arts. 7.4 y 6 LEC) y no cualquier tercero al que se otorgue apoderamiento al efecto; b) que el legal representante tiene el deber de contestar a las preguntas del interrogatorio propuesto de adverso y, de no haber intervenido en los hechos, tiene la doble carga procesal de alegar tal circunstancia en los hechos y de alegar la identidad de la persona que intervino en nombre de la persona jurídica; c) si el legal representante de la persona jurídica manifiesta desconocer la identidad de esta persona ello puede implicar una admisión tácita de los hechos.

2) Posibilidad de la parte proponente del interrogatorio de las partes de designar «nominatim» la persona que debe responder el interrogatorio.

Es carga de la parte interrogada, según acabamos de indicar, poner de manifiesto su no intervención en los hechos y facilitar la identidad de la persona que tuvo intervención en los mismos y, en definitiva, el nombre de la persona que debe responder el interrogatorio de las partes en representación de la parte interrogada. Ahora bien, lo anterior no obsta a que la parte proponente del interrogatorio de las partes pueda designar nominativamente a la persona que desea que se someta al interrogatorio. Ello puede suceder en el caso que la parte proponente del interrogatorio de las partes manifieste que fue el legal representante quien tuvo conocimiento de los hechos, pese a su negativa en el acto de la audiencia previa o del juicio; o bien manifieste que el tercero designado por la parte interrogada no tuvo intervención en los hechos por ser otra persona quien lo tuviera, sea el legal representante o un tercero distinto. En ambos supuestos, y a efectos de valorar la concreta persona que debe responder el interrogatorio, debe tenerse en cuenta que: a) es carga procesal de la parte interrogada, si el legal representante no ha tenido intervención en los hechos, designar a la persona que no tuvo tal intervención; b) si la persona designada por la persona jurídica —sea el legal representante o un tercero— manifiesta ignorar los hechos, serán de aplicación los efectos de la *ficta admisión* (art. 309.3 LEC).

En la sentencia comentada el interrogatorio de las partes se practicó, ya

### III. INTERROGATORIO DE PERSONA JURÍDICA. CARGA DE INDICAR POR EL INTERROGADO LAS PERSONAS INTERVINIENTES EN LOS HECHOS

Comentario STS, Sala 1.ª, de 3 de enero de 2010, Ponente Excmo. D. Francisco Marín Castán

Xavier ABEL LLUCH

Profesor Facultad Derecho ESADE. Magistrado excedente

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

en la primera instancia, en la persona designada por la parte proponente del interrogatorio que, además, fue la persona que intervino personalmente en los hechos. De ahí que el Tribunal Supremo, al igual que en su día razonó la Audiencia, no admita que hubo infracción procesal en la denegación de un nuevo interrogatorio de parte en la segunda instancia, mayormente cuando la parte actora no interesó la declaración de la persona que tuvo conocimiento de los hechos como diligencia final (art. 309.2 LEC), y cuando otras personas dependientes de la aseguradora demandada fueron interrogados en el acto del juicio como testigos.

3) La práctica del interrogatorio de la parte como diligencia final. En el supuesto que el legal representante de la persona jurídica no hubiera tenido intervención personal en los hechos e identifique a la persona que lo tuvo, dis-

pone el art. 309.2 LEC que «el tribunal citará a dicha persona para ser interrogada fuera del juicio como diligencia final, conforme a lo dispuesto en la regla segunda del apartado 1 del artículo 435». La cuestión que se plantea es si dicha citación al interrogatorio como diligencia final precisa de la instancia de parte o puede ser acordado de oficio. La sentencia comentada no aborda directamente esta cuestión, aun cuando argumenta, a los efectos de no apreciar la inexistencia de infracción procesal, que la parte actora-recurrente no efectuó la petición expresa de la solicitud de declaración de la persona que tuvo conocimiento personal de los hechos como diligencia final, dando a sobreentender que es necesaria la petición de parte. Parece que ésta sea la solución más adecuada pues la remisión que efectúa el artículo 309.2 LEC es al art. 435.1 regla 2.ª LEC, y este último solo regula las diligencias finales a instancia de parte (4).

otorgarle, al obrar en las actuaciones elementos de juicio bastantes para que la Sala pueda formar su convicción judicial, sin perjuicio, en todo caso, de que el tribunal, si así lo estima conveniente, pueda acordar la práctica de cualquier diligencia probatoria por la vía de las diligencias finales». Denegada la práctica de prueba en el proceso contencioso-administrativo la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó Sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente. La paradoja del asunto es que en la sentencia el Tribunal Superior de Justicia de Galicia aducía como uno de los argumentos de desestimación del recurso que el demandante no hubiera: «desvirtuado la presunción de veracidad y certeza que cabe atribuir a las actas levantadas por la inspección». Frente a la resolución del Tribunal Superior de Justicia el demandante interpuso recurso de amparo al no estar previsto el recurso de casación.

La cuestión tal y como aparece planteada acredita una clara vulneración del derecho a la prueba del administrado al que se le deniega tal derecho que se incluye en el derecho de tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Derecho a la prueba que adquiere un especial relieve si se tiene en cuenta que se trata de un procedimiento sancionador en los que, conforme con el art. 60.3 LJCA, el proceso se debe recibir siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos. La consecuencia de la denegación de la prueba es una clara situación de indefensión del administrado al que el órgano jurisdiccional le impide el ejercicio de la actividad probatoria en defensa de su posición procesal.

Este es el criterio del Tribunal Constitucional en la comentada sentencia 80/2011 de 6 de junio. Sentencia en la que el Tribunal Constitucional desgrana los requisitos y exigencias del derecho constitucional a la prueba conforme con su muy consolidada jurisprudencia en esta materia. A saber:

1.º El derecho a la prueba es de configuración legal. De modo que corresponde al legislador establecer las normas legales a las que se debe acomodar el ejercicio de este derecho con relación al tiempo y forma de la solicitud.

2.º El derecho a la prueba no tiene carácter absoluto. Así, no se tiene derecho a la práctica de cualquier prueba, sino sólo las pertinentes y útiles.

3.º El órgano judicial debe motivar suficientemente la denegación, en su caso, de las pruebas propuestas.

4.º La infracción del derecho constitucional a la prueba únicamente se produce en el caso de que la denegación de la

prueba hubiera podido ser decisiva para la defensa del recurrente. De modo que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante. A ese fin corresponde al recurrente acreditar que la prueba denegada resultaba decisiva en términos de defensa justificando a ese fin la indefensión y el perjuicio sufrido (Véanse las SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre). Concretamente el recurrente: «ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio, FJ 3.º; 359/2006, de 18 de diciembre, FJ 2.º; y 77/2007, de 16 de abril, FJ 3.º)». STC 80/2011 de 6 de junio.

Finalmente, resulta absolutamente improcedente que el órgano jurisdiccional deniegue la prueba oportunamente propuesta y posteriormente fundamente su sentencia en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. Este es supuesto del que conoce el Tribunal Constitucional en la STC 80/2011 en el que el Tribunal primero deniega la práctica de la prueba y a continuación desestima el recurso contencioso-administrativo con base en la falta de prueba que pueda desvirtuar los hechos en los que se fundamentó la sanción impuesta al administrado. En este caso como bien dice el Tribunal Constitucional lo que sucede es que: «en tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000, de 14 de febrero, FJ 4.º; 19/2001, de 29 de enero, FJ 6.º; 73/2001, de 26 de marzo, FJ 4.º; 4/2005, de 17 de enero, FJ 5; 308/2005, de 12 de diciembre, FJ 4.º; 42/2007, de 26 de febrero, FJ 5.º y 174/2008, de 22 de diciembre, FJ 2.º)». STC 80/2011 de 6 de junio.

En la STC 80/2011 la simple confrontación de los antecedentes de hecho del asunto con la doctrina constitucional en materia de derecho a la prueba determinan de modo casi automático la concesión del amparo solicitado y la declaración de nulidad de la sentencia impugnada. Máxime cuando en el caso

#### IV. SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRUEBA EN EL PROCESO JURISDICCIONAL

Comentario a la STC 80/2011, de 6 de junio de 2011

**Manuel RICHARD GONZÁLEZ**

*Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA.*

*Investigador del Instituto de Probática y Derecho Probatorio de ESADE*

El presente comentario está dirigido a comentar la última Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de Derecho a la prueba, que se contiene en la STC 80/2011, de 6 de junio. En la citada sentencia el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la denegación de la petición de prueba instada en un recurso contencioso-administrativo que una empresa había interpuesto contra un sanción impuesta por la Administración por un importe de 60.001 €. Sanción fundada en la comisión de una infracción muy grave derivada de unos hechos referentes a la comercialización de carnes frescas. La administrada interpuso recurso contencioso-administrativo frente al acto administrativo sancionador que fue desestimado por sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Galicia.

En el escrito de demanda contencioso-administrativa el administrado había solicitado que se practicaría prueba en el procedimiento administrativo. Prueba que debía versar sobre determinados hechos fundamentales del expediente sancionador al efecto de poder combatir en la jurisdicción la imposición de la sanción. Concretamente la demandante solicitaba práctica de prueba sobre los siguientes hechos y circunstancias: 1.— Sobre la gestión del material específico de riesgo; 2.— sobre la problemática

documental del expediente; 3.—sobre la intervención del matadero ...; 4.— sobre los movimientos de los canales; 5.—sobre la trazabilidad en..., S.L., y 6.—sobre los protocolos de actuación en el matadero y sala de despiece. Todo ello en relación con la certificación de los servicios oficiales del matadero de...

La solicitud de recibimiento del pleito a prueba fue desestimada, de conformidad con el art. 60 Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), en Auto en el que sintéticamente se decía que: «no estimamos que el recibimiento a prueba sea trascendente para la resolución del presente litigio». El citado auto fue recurrido en súplica por el demandante alegando, expresamente, la vulneración del derecho a la prueba que se producía ante la imposibilidad de impugnar mediante los medios previstos en la Ley, y concretamente con una prueba pericial, las conclusiones a las que se llegaba en la resolución sancionadora que fundaban la imposición de la multa. El recurso de súplica fue desestimado por auto en el que el TSJ de Galicia decía que lo alegado por la demandante: «no desvirtúa[n] la apreciación y el criterio mantenidos por esta Sala al dictarse la resolución impugnada... toda vez que la prueba en los términos en que ha sido interesada no reviste la trascendencia que la parte promovente [sic] pretende

expuesto se estaba decidiendo sobre un expediente sancionador cuya tramitación está informada por los derechos y garantías propios del derecho procesal penal. Además, el asunto tenía un claro componente fáctico ya que la sanción se impone a raíz de una inspección inicial de un camión frigorífico y un posterior examen de los animales transportados y de la documentación exhibida por el sancionado. En ese caso, resulta absolutamente necesario reconocer, respetar y favorecer el derecho a la prueba del administrado en vía jurisdiccional cuya función consiste en servir de cauce procesal para que los administrados puedan impugnar los actos y determinaciones de la Administración en el ejercicio legítimo de sus derechos. En ese punto, el Tribunal Constitucional considera suficientes las alegaciones del recurrente en amparo que acredita que mediante: «la que califica como "prueba pericial y testifical-pericial" de la veterinaria del matadero de..., hubiera podido demostrar, sustancialmente que no había comercializado piezas de bovino mayores de doce meses sin columna vertebral, con infracción de la legislación reguladora de la encefalopatía espongiiforme bovina, con lo que según la demanda de amparo todos los hechos por los que ha sido sancionada caerían por su base, salvo la existencia de algunas irregularidades documentales». STC 80/2011 de 6 de junio.

Frente a esta alegación el Tribunal Superior de Justicia no fundamenta ni motiva las razones de su denegación de prueba limitándose a señalar que: «la prueba, en los términos en que ha sido interesada, no reviste la trascendencia que la parte promovente pretende otorgarle, al obrar en las actuaciones elementos de juicio bastantes para que la Sala pueda formar su convicción judicial». Decisión que en ningún momento se fundamenta debidamente con la debida explicación de las razones por las cuales el Tribunal no consideró trascendente el recibimiento del pleito a prueba para su resolución. Y señala el TC en este punto: «sin que puedan reputarse motivación suficiente en el presente caso las frases estereotipadas utilizadas por el órgano judicial en una y

otra resolución, sin ninguna individualización para el asunto concreto enjuiciado. Debe tenerse presente a estos efectos que la existencia de una motivación adecuada y suficiente en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto constituye una garantía esencial del justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar una decisión dada permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional y, consecuentemente, de mejorar las posibilidades de defensa, por parte de los ciudadanos, de sus derechos (SSTC 209/1993, de 28 de junio, FJ 1.º, y 4/2005, de 17 de enero, FJ 5.º). Y desde luego esta deficiente motivación de la que adolece la decisión de denegar el recibimiento del pleito a prueba no resulta subsanada en este caso por la Sentencia dictada en el proceso (STC 42/2007, de 26 de febrero, FJ 5.º)». STC 80/2011 de 6 de junio.

La conclusión final que se debe obtener de este comentario es lo bien lejos que estamos de un sistema de justicia en el que los Tribunales de Justicia sean los primeros encargados de velar por la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Más al contrario resulta estremecedor que todavía, en el Siglo XXI, se puedan producir tan claras vulneraciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos sin la menor explicación o fundamento. Decisiones arbitrarias e inmotivadas como las que motivaron el recurso de amparo del que conoce el Tribunal Constitucional en la comentada STC 8/2011 deberían estar proscritas de nuestro sistema de impartición de justicia. No resulta admisible que se deba tener que recurrir ante el Tribunal Constitucional para reclamar la plena garantía y reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Desde mi punto de vista algo debe cambiar en el sistema porque no resulta lógico que los órganos jurisdiccionales dificulten o impidan el ejercicio legítimo de los ciudadanos en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Especialmente en materia de proceso contencioso-administrativo. ■

*Enjuiciamiento Civil en «Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra», t. I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, págs. 988.*

*(4) En este sentido también FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., Comentario al art. 309 LEC, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS; RIFÁ-SOLER; VALLS-GOMBAU; Ed. Atelier, Barcelona, 2001, págs. 1470.*

## NOTAS

(1) SENTIS MELENDO, S., *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, págs. 292 y ss.

(2) TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, ed. Trotta, págs. 504.

(3) RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *Abstención, recusación y tacha de peritos. Análisis de su regulación en la Ley 1/2000, de*



LA LEY 17373/2011

## 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.*

*La primera cuestión planteada, centrada en el ámbito laboral, considera la obtención lícita de medios de prueba en los soportes digitales de los trabajadores por parte del empresario ponderando los derechos fundamentales del trabajador. Las facultades empresariales se encuentran limitadas aquí por los derechos fundamentales del trabajador, que son prevalentes y constituyen un «límite infranqueable» no solo a sus facultades sancionadoras, sino también a las facultades de organización y de gestión del empresario, causales y discrecionales.*

*La segunda cuestión, en torno a la prueba pericial informática en general, describirá y evaluará una novedosa técnica desarrollada por INCIDE y basada en la heurística, que permite agilizar las investigaciones y asegurar con mayores garantías los derechos fundamentales de los usuarios de los medios digitales investigados.*

### I. ¿CÓMO AFECTA A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL ÁMBITO LABORAL?

Jordi MUÑOZ-SABATÉ I CARRETERO  
 Abogado. Socio de DRET PRIVAT

Ya no son extrañas en el ámbito de las relaciones laborales las ocasiones en las que con motivo de un conflicto se somete a la consideración judicial hechos que de un modo u otro requieren la extracción de pruebas ubicadas en soportes digitales. El progreso tecnológico también ha hecho evolucionar los modelos de producción clásicos hacia un entorno digital estrechamente asociado al uso de dispositivos electrónicos y a nuevas herramientas de la información, a tal punto que es difícil encontrar alguna empresa o negocio que en la gestión de sus recursos y en su relación con el mercado no cuente con estas nuevas tecnologías. En este contexto, el trabajo como factor de producción ha experimentado con gran intensidad esta evolución con la puesta a disposición del trabajador de nuevos medios e instrumentos de trabajo cuya rentabilidad y eficacia nadie pone hoy en duda en términos de productividad y competitividad.

Este nuevo entorno digital a través del cual se mueven gran parte de las transacciones corporativas no es desde luego ajeno al derecho probatorio. En efecto, con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se han ampliado las fronteras de la prueba con la aparición de nuevos medios que, concebidos bajo la concepción generalizada de documento electrónico, almacenan «información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferen-

ciado» (art. 3.5 Ley de Firma Electrónica). Y, al mismo tiempo, lo que podríamos designar como objeto de prueba, también ha manifestado un notable desarrollo con la aparición de «hechos electrónicos» que, como una consulta a una página web o el envío de un correo electrónico, están continuamente presentes en el devenir diario de una empresa. Con una progresión en constante crecimiento, cada día es más habitual constatar como en el proceso judicial se hace uso del documento electrónico, mediante la aportación de los e-mails del trabajador a fin de acreditar la sustracción de información, o de la pericial forense cuando se trata de demostrar el acceso a páginas de contenido ajeno al trabajo o a información confidencial de otros compañeros, o la existencia de intrusiones o robos de información clasificada, por poner unos ejemplos.

En este sentido, uno de los desafíos con los que se encuentra el derecho probatorio en esta nueva realidad digital es hacer frente a los problemas de legalidad que en orden a su obtención, validez y eficacia plantea el derecho del trabajo, problemática que aun siendo común a otros sectores de nuestro ordenamiento adquiere aquí una interesante dimensión por la incidencia tan relevante que tienen los derechos fundamentales sobre el aseguramiento de las pruebas y su posterior análisis forense. Piénsese que en situaciones por ejemplo de conflicto, como un despido o un expediente de empleo, puede resultar conveniente anticipar las estrategias de prueba contemplando el aseguramiento de los dispositivos electrónicos y de la información puesta a disposición de un trabajador así como el resguardo de su contenido (ordenadores, servidores corporativos, agendas electrónicas, teléfonos, etc.); precaución tanto mayor si tomamos en consideración que la arquitectura de los sistemas operativos de una gran parte de las empresas está en muchas ocasiones más abocada al rendimiento que a su propia seguridad, circunstancia que deja expuesto el contenido de sus archivos en manos del usuario haciéndolo muy volátil ante la mínima sospecha o evidencia. En otras ocasiones, la situación exigirá realizar un análisis forense inmediato con el que poder reconstruir la cadena de evidencias necesarias sobre un determinado hecho o acontecimiento (quién, cuándo y desde dónde se envió un determinado correo, o se manipuló un archivo de datos), sobre el que en su caso apoyar una determinada decisión.

Pues bien, en cualquiera de estas situaciones, ya sea el aseguramiento ya sea el análisis forense inmediato o posterior, la legitimidad de la prueba electrónica no resultará tampoco ajena aquí a ese «test de admisibilidad» que, siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2009, supone constatar que el dispositivo y el contenido objeto de prueba es atribuible al sujeto en cuestión (autenticidad); que no ha sido alterado (integridad); y que en su obtención se han respetado los derechos y libertades fundamentales y, en su caso, las garantías establecidas por la normativa común o convencional (licitud). Pero es precisamente respecto de este último presupuesto, el de la licitud de la prueba, donde tal vez el derecho laboral cobra un especial protagonismo en el ámbito de la prueba, y ello básicamente motivado por esa particular confrontación de derechos que se produce cuando unos instrumentos de producción titularidad de la empresa son utilizados para fines particulares por el trabajador (para almacenar contenidos multimedia, o para comunicarse con amigos o familiares). La convicción social generalizada de una cierta tolerancia con este uso particular de los medios de la empresa (STS, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2007), no es desde luego un obstáculo para que pueda ejercerse por parte de la misma un ordenado control que descubra un uso abusivo, desviado o fraudulento. Al fin y al cabo, no puede perderse de vista aquí que contrariamente a lo que acontece con las taquillas del empleado (art. 18 ET), los medios electrónicos que se le entregan para el desempeño de su trabajo no forman parte de su esfera privada ni están al margen de los poderes de control reconocidos por el art. 20.3 ET. Aun con ciertos titubeos, la jurisprudencia ha terminado por inclinarse por la inaplicabilidad del art. 18 ET en los casos de registros informáticos como medida de control empresarial negando su equiparación con los registros sobre la persona del trabajador, sus taquillas y efectos particulares (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007). Se parte para ello de la premisa de que los registros informáticos forman parte del poder directivo ordinario del empresario y que, en atención al art. 20.3 ET, éste ostenta la facultad de adoptar las medidas que considere oportunas para vigilar el cumplimiento de las obligaciones laborales de sus empleados.

De lo que se trata en estos próximos apartados es conocer de qué modo pues el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones condicionan a partir del art. 18 de la Constitución la intrusión en los procesos del aseguramiento y análisis forense y, por derivación de ello, la licitud de la prueba, todo ello tomando en su debida consideración que el poder de dirección del empresario se refleja a su vez en derechos reconocidos constitucionalmente (arts. 33 y 38 CE) en una convergencia de derechos cuyo equilibrio implica en resumen: a) por una parte, los derechos fundamentales del trabajador «deben adaptarse a los requerimientos de

la organización productiva en que se integra» (SSTC 5/1981, 47/1985, 77/1985, 1067/1996, 199/1999), y b) por otra parte, que también «las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador», que son prevalentes y constituyen un «límite infranqueable» no solo a sus facultades sancionadoras, sino también a las facultades de organización y de gestión del empresario, causales y discrecionales (SSTC 292/1993, 136/1996, 90/1997, 213/2002).

Entrando en el abordaje de esta cuestión, son varios los aspectos técnicos y jurídicos que desde este prisma constitucional repercuten en la licitud de la prueba:

1.—El conocimiento por parte del trabajador de las facultades de control de la empresa sobre los recursos electrónicos y de la existencia de mecanismos de control, como la simple monitorización del correo electrónico o la implantación de un programa de contabilización del tiempo empleado en internet, va desde luego mucho más allá de un simple recomendación. De hecho la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a establecer como una manifestación de las reglas de la buena fe, la existencia de un deber (y un correlativo derecho a favor del trabajador) de información por parte de las empresas en orden al establecimiento de reglas de uso de estos medios, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales, y de controles, de tal modo que las actuaciones inspectoras de la actividad laboral deben ir precedidas de la necesaria información. Sería por ejemplo contrario a la buena fe el establecimiento subrepticio de mecanismos de control ante una sospecha de actuación fraudulenta, abusiva o desviada, y ello independientemente de su amplitud o gravedad, como da cuenta la reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2011 al desestimar la procedencia de un empleado que había accedido a 5.566 visitas de contenido multimedia, piratería informática, anuncios y otros en un supuesto en el que la prueba se obtuvo a partir de una auditoría interna pero sin información previa por parte de la empresa sobre la existencia de controles ni ninguna advertencia sobre las reglas de uso de los ordenadores.

Se trata en definitiva de conocer de antemano y a partir de lo que se conoce como Protocolos de Usos Aceptables, Códigos de Conducta o Códigos de Buenas Prácticas, unas limitaciones y unas facultades que no tan solo sirvan para disciplinar el uso de estos medios de trabajo, sino que a su vez reduzcan las expectativas razonables de intimidad del trabajador, en los términos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso *Halford*) y 3 de abril de 2007 (caso *Copland*). De hecho no son pocos los Convenios Colectivos que han adoptado iniciativas en este sentido, y día a día se está estandarizando en los contratos de trabajo las condiciones de uso y sus responsabilidades disciplinarias.

Con todo conviene precisar que la ausencia previa de esta información sobre las facultades de control no tiene por qué invalidar la prueba cuando la misma se haya obtenido de forma accidental a semejanza de lo que en el ámbito penal ocurre con el llamado «hallazgo casual», lo que suele ocurrir en ocasiones con motivo de una simple intervención rutinaria por parte del técnico informático. Ahora bien, hay que diferenciar bien entre lo que no constituye más que una evidencia electrónica sobre la existencia de un uso ajeno al trabajo (*v.gr.* la existencia de un virus, un troyano, o una desmedida presencia de archivos temporales), de la prueba electrónica en sí, pues mientras ésta permite fijar un hecho (quién, cuándo y desde dónde), la evidencia es una manifestación muy simple del hecho que requerirá para alcanzar esa misma convicción de la concurrencia de otros elementos indiciarios. En estos casos, esto es, cuando de un modo accidental o fortuito se tenga noticia de un uso irregular de los medios puestos a disposición del trabajador, los mecanismos de investigación, registros y controles que se activen a partir de este momento para la consecución de esa convicción no presentarán ya ninguna excepcionalidad para que se hagan al margen de las debidas cautelas y con el mismo respeto a la dignidad del trabajador y a los principios de la buena fe antes apuntados.

En otro orden de consideraciones, entiendo que la simple prohibición, ya sea total o parcial, de utilización de los ordenadores y demás medios digitales para fines particulares, es suficiente para dejar habilitada esa facultad de control aún cuando no se hubiera informado previamente de la misma ni de los medios a aplicar para comprobar el correcto uso. Básicamente porque parece claro que la prohibición señalada lleva implícita la facultad de control, y si la empresa ha dispuesto que el ordenador debe constituir una mera herramienta de trabajo sin destinarse a usos particulares, no puede desconocerse que a ello va anudada lógicamente la posibilidad de ejercer el control correspondiente para comprobar el cumplimiento de esa norma.

2.—El empresario no está apoderado desde luego para, so pretexto de estas facultades, llevar a cabo controles de un modo totalmente arbitrario. En nuestro ordenamiento no existe una normativa específica al día de hoy que regule la instalación y utilización de estas medidas de control, de tal modo que son los órganos judiciales

quienes habrán de ponderar en qué circunstancias puede considerarse legítimo su uso por parte del empresario al amparo de ese poder de dirección que le otorga el art. 20.3 ET. La propia amplitud que en este sentido le concede este precepto al disponer que *podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control* aparece supeditada por la misma norma a *la debida consideración de la dignidad del trabajador*, lo que viene a suponer que entre el fin pretendido mediante los medios de control instaurados y la posible restricción de los derechos fundamentales asociados a la dignidad, exista un cierto equilibrio. Cual acontece al fin y al cabo con cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, este equilibrio pasa en definitiva por someter la medida en cuestión a un *test de proporcionalidad* cuya superación dependerá de la consecución de estas tres condiciones que habrán de ponderar los órganos judiciales: que el acceso al dispositivo o medio electrónico sea adecuado para alcanzar el objetivo perseguido (*juicio de idoneidad*); que sea necesario, en el sentido de que no existan otras medidas menos intrusivas (*juicio de necesidad*), y, por último, que sea ponderada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (*juicio de proporcionalidad en sentido estricto*).

Un exponente y una referencia judicial constante en este apartado es la sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000 de 10 de julio de 2000, FJ 6.º:

*«el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales» (STC 98/2000, de 10 de abril); y que «el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994 y 143/1994)».*

Tomando ejemplos muy presentes en la jurisprudencia de casación y la menor emanada de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, resultará con todo lo dicho legítimo acceder al ordenador de un empleado con el propósito de comprobar el tiempo invertido en navegar por páginas ajenas a su cometido laboral a condición de que se le hubiera informado previamente de la existencia de controles, o, igualmente y con propósito semejante, cuando se hubiera avisado de la instalación de un programa de monitorización para contabilizar el tiempo empleado en internet a través de la consulta de las direcciones visitadas.

3.—Ahora bien, en supuestos como éstos y todos aquellos otros que nos ofrece la casuística judicial en esta materia, no puede perderse de vista que la consecución de este necesario e inexcusable equilibrio de derechos en juego pasará siempre por la máxima preservación de la intimidad o, dicho desde otra perspectiva, de su mínima afectación, cuyo alcance encuentra su máximo exponente con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de abril de 2007 al señalar que están incluidos en la protección del art. 8 del Convenio Europeo de derechos humanos «la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet». Partiendo de esta premisa, salvo supuestos excepcionales donde se pueda justificar la inexistencia de medidas menos intrusivas, no podrá accederse a los archivos personales del trabajador para controlar un uso desviado del correo cuando para ello baste con una simple impresión de la relación de dichos correos (STSJ Andalucía, Sala de lo Social, Secc. 2.ª, de 8 de julio de 2010), como tampoco extraer rastros o huellas como los archivos temporales que incorporen información sobre aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc.), como ocurre con el simple dominio de las páginas web que en la mayoría de los casos son reveladoras de su contenido.

De igual modo deberá eludirse cualquier método de revisión exhaustiva que implique el acceso a todos los activos de información del medio analizado, mediante una apertura indiscriminada de todos los correos y archivos. Disponemos hoy en día de herramientas informáticas de análisis forense poco a poco reconocidas por nuestros tribunales que a través de lo se ha venido a designar «búsqueda ciega» evitan este tipo de invasiones mediante una técnicas heurísticas de búsqueda y filtrado semántico (1), que vienen a funcionar a modo de rastreo. Una vez reconocido y fijado el hecho objeto de investigación (por ejemplo, la desviación de información confidencial a la competencia o navegación por páginas pornográficas), se definen una serie de palabras claves o expresiones asociadas al hecho (nombre de empresas competidoras, números de teléfonos, direcciones de correos electrónicos, expresiones como adulto, sexo, etc.) a partir de las cuales se efectúa un rastreo que permite localizar los archivos o documentos vinculados a esas palabras sobre los que seguidamente focalizar la investigación, con discriminación de aquellos otros totalmente ajenos a su propósito o causa que pudieran contener información relacionada con la esfera personal del trabajador totalmente ajena a

la investigación. Este método de localización de indicios a través de la búsqueda ciega de palabras claves ha obtenido ya su respaldo judicial en sentencias como la del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 9 de mayo de 2008, o el AP Barcelona, Secc. 15, de 2 de febrero de 2006.

4.—El respeto a la dignidad del trabajador no implica, por último, que deba estar presente en el control ni tampoco la presencia de un representante de los trabajadores, a modo y semejanza de lo que impone el art. 18 ET para el registro de las taquillas. Tomando en consideración lo ya comentado anteriormente a propósito de las facultades de control, la presencia del empleado, de un representante legal o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador, adquiere su significado si se presta atención a que en los casos del art. 18 ET la empresa está ejercitando de forma excepcional una función de policía que la norma vincula a la protección de su patrimonio y el de los demás trabajadores, lo que nada tiene que ver el control de un medio de trabajo. Pero conviene aclarar que el hecho de que el trabajador no esté presente en el control no es en sí mismo un elemento que pueda considerarse contrario a su dignidad ni menos una exigencia legal que condicione la licitud de una prueba.

Ahora bien, como sucede con lo previsto por el art. 569 Ley de Enjuiciamiento Criminal para intervenciones similares, la presencia de uno u otros podrá si acaso constituir una garantía de objetividad y eficacia de la prueba, pero es ajeno a este juicio de proporcionalidad.

Al hilo de todas las anteriores consideraciones y como resumen, la prueba electrónica deberá ajustarse necesariamente y bajo condición de nulidad (art. 11.1 LOPJ), a toda esta serie de cautelas que, de un lado, justifiquen su obtención y aseguramiento y, de otro, preserven en ese justo equilibrio de derechos, la intimidad del trabajador, evitando intrusiones indiscriminadas y desproporcionadamente invasivas. Todo ello sin olvidar la existencia de aquellas otras garantías que afectan propiamente al ámbito de la admisión, eficacia y valoración, y que tienen un especial juego en la prueba electrónica en todo aquello que atañe a la cadena de custodia, sobre los que trataré en otra ocasión.

## II. ¿CÓMO SE PUEDEN SALVAGUARDAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL REALIZAR INVESTIGACIONES INFORMÁTICAS?

**Abraham PASAMAR NAVARRO**

*Director General INCIDE (Investigación Digital, S.L.)*

**Sergi MENÉNDEZ FRAGUA**

*Perito informático INCIDE (Investigación Digital, S.L.)*

En el marco del desarrollo de muchas periciales informáticas, y en especial aunque no limitado, a aquellas que versan sobre la comisión de algún tipo de fraude (competencia desleal, extracción de información, fraude *on-line*, uso no autorizado de recursos, etc.), el perito debe efectuar un trabajo de localización de documentación relevante y revisión de la misma para valorar si es pertinente para el caso que se investiga o no.

En esta fase del trabajo se debe decidir la mejor forma de escoger, entre todo el universo de datos que puede contener un ordenador, aquellos documentos que tienen relevancia para la investigación y por tanto susceptibles de ser candidatos a incluir en el informe pericial y de los cuales se derivarán las conclusiones del mismo.

En estos casos, el reto al que se enfrenta el perito tiene dos vertientes diferenciadas. La primera de ellas, de carácter más técnico, consiste en determinar la mejor forma (más rápida y óptima) de llegar a la información de interés. La segunda de ellas, de carácter legal y mucho más sutil, tiene que ver con la metodología utilizada para escoger los documentos relevantes y su compatibilidad con la preservación de los derechos fundamentales del usuario del dispositivo digital que se analiza, sea éste un teléfono, un ordenador de empresa o un buzón de correo, por ejemplo.

En la actualidad, no existe ninguna legislación al respecto de como realizar o presentar periciales informáticas. Básicamente, el trabajo de los peritos se puede enmarcar en los arts. 335 y 336 LEC.

Además de lo que dicta la LEC, el otro gran precepto al que pueden apelar los peritos en el desarrollo de su actividad profesional es lo relativo a la Constitución Española. Del análisis de la misma, transpira que para que la pericial informática pueda ser admitida en un procedimiento legal, no debe haberse vulnerado ninguno de los derechos fundamentales del usuario del dispositivo analizado.

En última instancia, aplica la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, en su sentencia de 10 de julio de 2000 donde se considera que los medios de prueba, como requisitos para ser admitidos en un procedimiento, han de seguir los principios de proporcionalidad, idoneidad, necesidad y equilibrio.

Esto ha hecho que, como si de un proceso de ensayo y error se tratara, las diferentes formas de atacar este problema se han puesto a prueba en los Tribunales. En este sentido, los expertos reconocen que hay un antes y un después de la sentencia del 26 de septiembre de 2007 del Tribunal Supremo, que regula en qué forma se debe realizar el registro de un ordenador de un empleado, sentando las bases para la realización de futuras periciales informáticas en entornos laborales, pero extensibles a otras jurisdicciones.

### Las técnicas heurísticas

La función heurística es un cálculo que nos permite, en cualquier estado intermedio en el camino hacia la solución óptima del problema, obtener un valor que nos indique si estamos cerca o lejos de dicha solución.

La búsqueda ciega y automatizada de palabras clave es la principal técnica utilizada en el sector de la informática forense para detectar los documentos electrónicos presentes en un dispositivo digital que contiene información relevante para una investigación, respetando la intimidad de las personas implicadas.

El método heurístico consiste en la realización de una segunda criba sobre los resultados obtenidos de la búsqueda ciega con el objetivo de detectar los documentos electrónicos que, además de información relevante para el caso, contienen información de carácter personal o íntima. Este análisis persigue, por un lado, poder acceder a los contenidos de los documentos electrónicos con la seguridad de que no contienen información personal, y, por otro lado, reducir aún más el número de documentos a analizar manualmente, que repercute directamente en la complejidad de la investigación.

Para esta detección de información personal se utilizan diversas variantes de lo que se llama análisis heurístico, que consiste en asignar, de manera ciega y automatizada, una puntuación a cada documento electrónico, basándose en ciertos criterios que pueden variar en cada caso, descartando aquellos sospechosos de contener información personal en base a esta puntuación. La implementación exacta de esta técnica puede variar dependiendo de los criterios utilizados por cada perito para la puntuación.

El método es simple. Consiste en la elaboración de tres listados de palabras: 1) un listado de palabras corporativas, formado por palabras propias del sector profesional en el que se enmarca la pericial; 2) un listado de palabras clave, formado por aquellas palabras relacionadas con la investigación, entendiendo que un documento que contiene este tipo de palabras, seguramente será un documento relevante, y 3) un listado de palabras personales, entendiendo que un documento que contenga estas palabras tendrá más probabilidad de contener información de tipo personal o no relacionada con la pericial.

La decisión de si un documento pertenece al ámbito personal, se responde en base a la diferencia entre el número de apariciones de palabras corporativas y clave de la investigación y el número de palabras personales que contiene un documento. Si esta suma da como resultado un número mayor que cero se considera que ese documento se encuentra lo suficientemente fuera del ámbito personal, y por tanto susceptible de ser integrado en la revisión manual.

La metodología heurística goza de todas las ventajas de la búsqueda ciega, es decir, permite optimizar los recursos que el perito dispone para la realización de la investigación dado que se reduce el volumen de información a revisar y establece un listón para la salvaguarda de los derechos fundamentales del usuario del dispositivo peritado.

Respecto a los derechos fundamentales, la técnica de búsqueda ciega, aunque establece una primera barrera de protección, no permite asegurar en todos los casos su fiabilidad al respecto, dado que un documento puede contener una palabra clave y al mismo tiempo ser de contenido íntimo o personal.

La introducción no solo de diccionarios de ámbito personal o íntimo, sino también de parámetros y pesos que nos permitan regular su importancia según la investigación en curso pretenden contrarrestar este inconveniente. A favor de la técnica heurística, cabe decir que la mayoría de implementaciones de la búsqueda ciega permiten al perito visualizar solamente el contexto que rodea la palabra clave dentro de un documento que la contiene, evitando de este modo la apertura completa del mismo de forma precipitada.

Es decir, visualizando las palabras que rodean la expresión clave, el analista realiza un juicio de valor sobre la necesidad de proceder a la apertura del mismo. Sin embargo, puede ocurrir que este juicio de valor se haya realizado correctamente y sin embargo el documento contenga fragmentos de contenido íntimo cuya existencia no se podía prever de antemano. El uso de la técnica heurística habría permitido al perito eliminar de la revisión este documento basándose simplemente en el resultado o puntuación que la función heurística habría arrojado.

Así, esta técnica nos permitiría descartar de la investigación con un paso automático (y sin intervención humana) todos aquellos documentos susceptibles de contener información relacionada con la esfera personal del usuario del medio digital peritado, y por tanto que la pericial desde el punto de vista legal, goce de las máximas garantías de admisibilidad. La consideramos, pues, como una mejora considerable respecto a la metodología de búsqueda ciega de palabras clave.

A pesar de que la aplicación de técnicas heurísticas supone haber conseguido una mejora razonable sobre las técnicas existentes para la localización y revisión de documentación en el ámbito de las periciales informáticas, hay algunas consideraciones que deben tenerse en cuenta en su aplicación.

La más patente de todas es que no podemos olvidar que estamos utilizando funciones heurísticas y por tanto sujetas a errores. A pesar de que hemos hecho un esfuerzo por darle el máximo rigor matemático a la descripción formal de esta técnica, su propia definición se basa en conocimiento intangible y en la aplicación de la lógica humana o la experiencia previa en otras investigaciones por parte del perito.

La segunda consideración que es preciso tener en cuenta es que para que la heurística funcione como es debido, tanto los parámetros asociados a la misma como los diccionarios que utiliza deben estar bien definidos. Resaltamos esta palabra porque no es posible definir con rigor científico qué significa la expresión «bien definidos» en este contexto, dado que los resultados que proporciona suelen valorarse con criterios subjetivos, sobretudo en entornos judiciales en el que intervienen múltiples factores. A pesar de ello, un perito con experiencia debería saber valorar la bondad de los resultados obtenidos mediante la aplicación de esta metodología.

Especialmente en un momento en el que la jurisprudencia está dejando claro que existe una expectativa clara de intimidad en el uso del ordenador corporativo, y a pesar de que la misma proporciona al empresario una mayor capacidad de control, es importante ser muy prudente en el tipo de revisión que se ejerza. De lo contrario, se entraría en una corriente de revisiones indiscriminadas de información, donde se violentarían los derechos fundamentales, generalmente sin suficientes pretextos o justificaciones. Afortunadamente, la tecnología actual permite llevar a cabo técnicas de revisión muy efectivas a la par que garantes con el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. En esta línea, y desde hace ya varios años, se viene utilizando la técnica de las búsquedas ciegas, que aun no siendo perfecta es mucho más proporcional que la técnica de revisión exhaustiva.

Para tratar de paliar las limitaciones comentadas, INCIDE propone formalmente una metodología basada en funciones heurísticas que consideramos supone una mejora sustancial a la técnica actual y cuya aplicación a las periciales informáticas permite obtener resultados más certeros, y en los que la salvaguarda de los derechos fundamentales de los usuarios de los medios peritados sea tratada con el máximo de objetividad y rigurosidad.

Por ello, consideramos que esta nueva técnica se convertirá en una herramienta que permitirá al perito ser más eficiente y preciso en su desempeño como experto en situaciones de litigio, ofreciendo además una medida de protección para el profesional dado que lo aleja de los riesgos derivados de una posible situación de vulneración de derechos fundamentales.

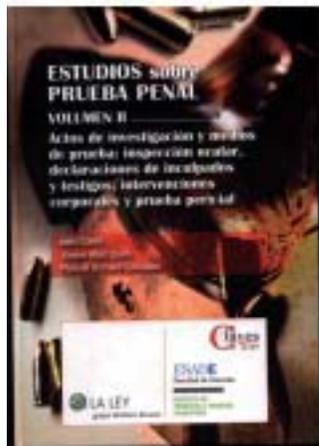
Finalmente, es preciso mencionar, que a pesar de que este artículo expone una idea novedosa y tiene gran parte de carácter teórico, no se trata de un mero ejercicio de investigación. La técnica heurística descrita en este documento ya se está utilizando en periciales informáticas con gran éxito y que están siendo admitidas en procedimientos judiciales. ■

### NOTAS

(1) En este mismo número y apartado de Cuadernos de Probática de LA LEY se abordan estas técnicas heurísticas por parte de los peritos informáticos de INCIDE.



## rincón DELECTURA



### Estudios sobre prueba penal. Vol II

Autor: Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González

Edita: LA LEY

Año: 2011

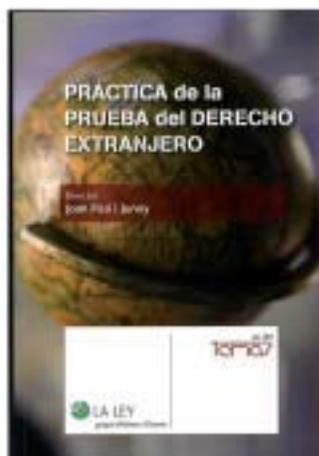
La obra que se presenta, es el segundo Volumen de una colección dedicada al Estudio de la prueba en el proceso penal de la que ya se ha publicado otro Volumen anterior. Se trata del resultado del trabajo de un equipo de investigadores entre los que se incluyen Magistrados y Profesores Universitarios expertos en Derecho Procesal penal. El volumen está dedicado a las diligencias de investigación y prueba en el proceso penal, materia de especial interés por la complejidad de las normas legales, así como por la notable variabilidad de las decisiones jurisprudenciales en la materia. Concretamente se contienen estudios sobre las diligencias de investigación y prueba de carácter material, personal y pericial. Entre éstas la inspección ocular, el levantamiento del cadáver y la reconstrucción de los hechos, el cuerpo del delito y la identificación formal del delincuente; el reconocimiento en rueda del acusado con especial atención a los requisitos legales y jurisprudenciales para la validez de esta clase de identificación, las declaraciones de los sometidos al proceso penal en calidad de sospechosos, imputados o acusados,

distinguiendo según la declaración se realice ante la policía, el Fiscal o el Juez, la prueba testifical; la práctica y el aseguramiento de la prueba, la especificidad de la declaración del testigo víctima de los hechos y la valoración de la prueba en el plenario, la protección de testigos y el agente infiltrado. Finalmente, respecto a las intervenciones corporales y la prueba pericial, se analizan las distintas clases de intervenciones corporales con especial atención a los requisitos y límites de cada una de ellas según el derecho que pueda resultar afectado. De entre las distintas intervenciones se atiende, por su relevancia, a la de la obtención de muestras de ADN y, especialmente, al problema que se plantea en el caso de negativa del imputado a someterse a la diligencia. ■

LA LEY 135/2011



## rincón DELECTURA



### Práctica de la prueba del derecho extranjero

Autor: Dir. Picó i Junoy, J.

Edita: LA LEY

Año: 2011

La creciente internacionalización de la sociedad ha provocado un aumento espectacular de las situaciones jurídicas reguladas por el derecho extranjero que, de devenir litigiosas, requieren su debida prueba. Pero en la práctica judicial, la prueba de este derecho es extremadamente compleja. Y el contraste entre la doctrina jurisprudencial y la opinión científica —tanto la procesalista como la internacionalista— nos conduce a una evidente y desilusionante conclusión: el divorcio entre la doctrina judicial y la científica es total y absoluta. Por ello, la finalidad básica de esta obra es buscar las vías jurídicas necesarias para asegurar la aplicación judicial del derecho extranjero cuando éste resulta de aplicación en virtud de una norma de conflicto.

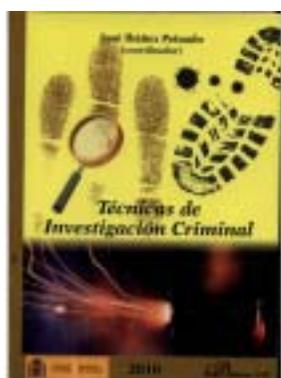
Desde una imprescindible visión interdisciplinar de la materia, en esta obra se efectúan estudios prácticos que responden a los interrogantes de cuándo, quién y cómo debe alegarse y probarse el derecho extranjero. Conscientes de la complejidad que comporta la adecuada respuesta a tales interrogantes, se efectúa un pormenorizado estudio de las resoluciones judiciales más importantes en las que se discute la aplicación del Derecho extranjero por los tribunales españoles: mediante la exposición de más de una treintena de casos clínicos, se verifica si el tribunal exigió a las partes la prueba de este derecho o decidió aplicarlo de oficio, se examinan los medios de prueba exigidos para que el tribunal considere correctamente acreditada la vigencia y contenido del Derecho extranjero, y el valor que les dio.

Por todos estos motivos, la presente obra es un instrumento sumamente útil para quien quiera conocer cómo se realiza la alegación y prueba del derecho extranjero en el proceso civil, qué problemas plantea y cómo solucionarlos. ■

LA LEY 136/2011



## rincón DELECTURA



### Técnicas de investigación criminal

Autor: Coord. José Ibáñez Peinado

Edita: Dykinson

Año: 2010

El libro que se presenta a continuación lo consideramos de especial interés para todos los que ejercen en materia de Derecho proceso penal, por atender a las distintas técnicas de investigación criminal desde un punto de vista científico. Desde esa perspectiva en el libro se analizan los distintos hechos, lugares y personas susceptibles de análisis científico con la finalidad de analizar, esclarecer y aportar al proceso evidencias que permitan al Juez conocer los hechos con relevancia penal. Entre los temas tratados se hallan los siguientes: Análisis criminalístico de suelos; residuos de disparo; Análisis criminalístico de ADN; huella lofoscópica, Identificación de cadáveres; Análisis de manuscritos y firmas; balística forense y otros muchos temas que se exponen de un modo asequible para un jurista sin prescindir por ello de la debida profundidad técnica y científica en cada uno de los temas. ■

LA LEY 137/2011



## rincón DELECTURA



### Guía práctica de exploración de menores

LA LEY 138/2011

**Autores:** Mercedes Caso Señal, Mila Arch Marín, Adolfo Jarne Esparcia y Asunción Molina Bartumeus

**Editorial:** Sepín

**Año:** 2011

La revista Sepín ha tenido recientemente el acierto de publicar una «Guía Práctica de exploración de menores», elaborada por Mercedes Caso Señal (magistrada y Profesora de la Escuela Judicial), Mila Arch Marín, Adolfo Jarne Esparcia y Asunción Molina Bartumeus (estos tres últimos psicólogos), a modo de compendio y guía de buenas prácticas para la realización de una exploración de menores. Se trata de una guía completa, rigurosa y sistemática, que aborda separadamente «Cuestiones procesales derivadas de la exploración de un menor en los procesos de familias», el «Desarrollo evolutivo del menor», «El marco de la entrevista», «Habilidades de comunicación en la entrevista judicial de exploración de menores» y, finalmente como anexo, un «cuestionario de necesidades en las exploraciones judiciales de menores».

El acierto de esta Guía, junto a la selección de unos autores de reconocido prestigio en el ámbito de la problemática de familia, estriba en formular, de modo preciso y riguroso, una serie de cuestiones que no se regulan con detalle en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que las más de las veces se confían a la intuición de los profesionales (juez de familia y psicólogos) que intervienen en el proceso de familia.

Tampoco elude la Guía cuestiones jurídicas complejas o que suscitan una práctica forense diversa, como la relativa a cuándo es necesario practicar la exploración del menor, cómo debe practicarse la exploración del menor, qué personas deben estar presentes o qué publicidad debe darse a la audiencia.

En el plano psicológico debemos destacar cómo se periodifican y dividen la etapas (inicial, central y de cierre) de la entrevista con el menor, y también un cuadro-resumen ejemplo de preguntas abiertas y cerradas a practicar durante la exploración.

En suma, se trata de un trabajo útil y riguroso, realizado por un equipo de profesionales de reconocido prestigio, que, sin duda, va a contribuir a ofrecer pautas y criterios metodológicos en la práctica de la exploración de menores. ■



## Biblioteca



### Últimas publicaciones en materia de prueba

LA LEY 139/2011

- ALISTE SANTOS, J., *La motivación de las resoluciones judiciales*, Colección Proceso y Derecho, Ed. Marcial Pons, 2011.
- GARCÍA RAMÍREZ, J; ROMERO SANTOS, L; GARCÍA GONZÁLEZ, F., *La técnica del interrogatorio*, Ed. Rashe, Madrid, 2011.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 6.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2011.
- RIVERA MORALES, R., *La prueba: un análisis racional y práctico*, Colección Proceso y Derecho, ed. Marcial Pons, 2011.
- TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Colección Filosofía y Derecho, ed. Marcial Pons, 2010. ■

#### PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez

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

#### SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

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

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

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

**JEFE DE PUBLICACIONES:** Mercedes Rey García

**COORDINADORA:** María José Hierro Romero

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

**ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN:** Centro de Análisis Documental LA LEY

**DISEÑO GRÁFICO:** Fran Vizuete González

**EQUIPO DE DESARROLLO:** Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Fernando González Serrano, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Emérita Cerro Durán, Álvaro González Gómez, Olga López Yepes, Javier Docasar, José Medina García, Ramón Zapata Juliá

**PRODUCCIÓN GRÁFICA:** Eva Arroyo Fraiz, M.ª Antonia Castedo Cotrina, Gloria Lozano Serradilla, Diana Moya Rodríguez, Silvia Mulet París, Laura Usera Macías

Impreso por Wolters Kluwer España, S.A.

© 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).