

VV.AA.: *La prueba civil: aspectos problemáticos*. Aranzadi y Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona, 2017. 356 páginas. Obra colectiva.

por

Santiago Aragonés Seijo

*Juez*

*Profesor asociado de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona*

La presente obra recoge los estudios presentados en el Colegio de Abogados de Barcelona el 24 y el 25 de noviembre de 2016 en el Congreso Internacional sobre prueba judicial organizado por la *Revista Jurídica de Catalunya*. Se divide en cinco partes, con cuatro ponencias cada una, que se titulan: aspectos generales de la prueba; la prueba en los procesos especiales; problemática de las pruebas periciales, documentales y de interrogatorio; las nuevas tecnologías aplicadas a la prueba y una mirada hacia afuera. La mayoría de los ponentes tienen una experimentada carrera profesional tanto en la Universidad, como en la judicatura o en la abogacía.

Todas las ponencias suman un total de dieciocho artículos, de los que solo podremos destacar los aspectos más relevantes de algunas de ellas.

El primer capítulo, a cargo del catedrático Joan PICÓ I JUNOY sintetiza diez sentencias sobre materia probatoria civil del Tribunal Supremo y menciona numerosas sentencias sobre los distintos medios de prueba. Entre todas ellas, la sentencia de 2 de marzo de 2011 restringe al máximo el alcance de la ilicitud de la prueba y la de 7 de marzo de 2013 considera que el artículo 429 LEC es una mera facultad de sugerencia judicial. Por su parte, la sentencia de 13 de julio de 2016 —entre centenares de resoluciones mencionadas— reitera que las normas sobre la carga de la prueba solo entran en escena cuando no hay actividad probatoria. También debe destacarse, que la Sala Primera ha concluido que la pericial privada y la del perito judicialmente designado gozan de plena igualdad respecto de la valoración judicial de su contenido, sin que prime una sobre la otra (STS de 21 de julio de 2016).

En el segundo capítulo, el magistrado Juan F. GARNICA MARTÍN examina la dificultad de la prueba del lucro cesante, entendido este como ganancia probable. La jurisprudencia no exige certeza absoluta sobre la existencia de las ganancias futuras frustradas, sino una fundada probabilidad de que las mismas se produzcan en el normal desarrollo de las circunstancias del caso. Debe acreditarse tanto la existencia del lucro cesante —con el daño y el nexo causa— como su cuantificación, siendo esta última la que mayores problemas genera. Para el cálculo del lucro los tribunales suelen acudir a criterios estandarizados basados en la experiencia, tales como las declaraciones fiscales o certificados gremiales.

Por su notable experiencia en las materias propias de lo mercantil, debe recalcar la ponencia del magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo Ignacio SANCHO GARGALLO, relativa a la prueba de las acciones de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital. Tales acciones juzgan la actuación de los administradores en el desempeño de su cargo, basándose en la concurrencia de culpa y daño y precisan de la relación de causalidad entre el comportamiento ilícito y el perjuicio sufrido. Por tanto, su estructura es la propia de una acción de responsabilidad, y se distinguen según el daño se ocasiona directamente a la sociedad o a un tercero, que normalmente puede ser un socio o un acreedor.

El magistrado enumera los requisitos que requiere la jurisprudencia para que prospere la acción individual o la social. La primera precisa de: i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; v) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y, vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero.

Por su parte, y en términos similares, la Sala Primera exige para la acción social de responsabilidad los siguientes requisitos: un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores; que el mismo sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.

Enumerados los requisitos, el autor efectúa unas observaciones muy valiosas a tener en cuenta por quienes ejerciten esta clase de acciones. Insiste SANCHO GARGALLO en que el demandante debe aportar un relato de hechos coherente con la acción entablada. El relato debe alcanzar a todas las circunstancias que permitan después, mediante una valoración jurídica, apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos para que pueda prosperar. Si los tribunales no afinan esta exigencia, corremos el riesgo —considera el Tribunal Supremo— de atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía, cuando no es esta la finalidad de la Ley.

Una vez satisfecho el esfuerzo argumentativo por el actor, se puede trasladar al administrador las consecuencias de la carga de la prueba de algunos hechos respecto de los que goza de mayor facilidad probatoria, como pudiera ser la situación patrimonial de la compañía en cada momento. En última instancia, dice el magistrado, se trata de no premiar al administrador que incumpliendo sus obligaciones legales, relacionadas tanto con la llevanza de contabilidad, como con la disolución y liquidación de la sociedad, priva a los terceros de la información necesaria para fundar la acción de responsabilidad.

Tras la introducción de una forma de *business judgment rule* en el artículo 226.1 del Texto refundido de la Ley de sociedades de capital, deberá representarse el juzgador la realidad económica de la empresa para apreciar la ausencia de la mínima diligencia exigible en la toma de una decisión discrecional. Para su valoración, SANCHO GARGALLO afirma que juega un papel muy relevante la

valoración pericial, dado que el juez es ajeno a la actividad empresarial por no participar directamente en el mercado.

Examinadas las acciones individual y social, el artículo 367 LSC permite dirigir una acción de responsabilidad contra el administrador que incumplió el deber de promover la disolución de la sociedad cuando concurre causa legal para ello. La dificultad probatoria en esta clase de acción es menor y los parámetros son más objetivos. La dificultad más habitual se da en precisar el momento en que concurrió la causa, lo que tiene relevancia para determinar si las deudas sociales nacieron antes o después de la aparición de la causa de disolución.

La causa más común de disolución, la de pérdidas que reducen el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social, permite una acreditación contable. La jurisprudencia ha declarado que no es necesario esperar al cierre del ejercicio económico para que pueda constatare la situación de pérdidas, sino que puede advertirse antes con los balances trimestrales.

Cuando el administrador incumpla los deberes legales de disolución, la carga de la prueba de tal incumplimiento corresponde al administrador, pues para el acreedor constituye un hecho negativo. La jurisprudencia más reciente, no obstante, ha admitido que el administrador pueda oponer alguna causa que justifique el incumplimiento de los deberes de promover la disolución.

Finalmente, SANCHEZ GARGALLO analiza la responsabilidad de los administradores cuando el concurso hubiese merecido la calificación de culpable. La regla de atribución de la responsabilidad por déficit concursal requiere que se haya generado o agravado la insolvencia. Aunque el artículo 165 de la Ley Concursal articule una presunción *iuris tantum* de concurso culpable, el autor considera que no basta la presunción de que ha contribuido a agravar la insolvencia, sino que es preciso determinar, aunque sea de forma estimativa, en qué medida, cuantía o proporción lo ha hecho, para aquilatar el alcance de la condena.

El abogado y Doctor en Derecho Frederic MUNNÉ CATARINA trata la prueba en el proceso arbitral. Destaca el autor que en el proceso arbitral cabe la actividad probatoria de oficio y que la Ley de Arbitraje no prevé la preclusión en cuanto a la aportación o introducción de los diferentes instrumentos probatorios. Dicha Ley atribuye a los árbitros la plena libertad para valorar la prueba practicada. Por último, el autor incide en que la Ley de Enjuiciamiento Civil no es de aplicación obligada al procedimiento arbitral.

Juan A. ANDINO LÓPEZ, abogado y Doctor en Derecho, presta atención a una problemática desagradable para cualquier abogado, la de la correspondencia privada entre abogados como medio de prueba. Toda la comunicación intercambiada entre letrados es confidencial, y no se puede aportar a un procedimiento judicial. No obstante, cuando se aporta el juez civil tiende a admitirla y, ante cualquier queja, indica que se trata de una mera cuestión deontológica. El autor defiende que la aportación de cualquier clase de correspondencia entre letrados puede vulnerar el principio de igualdad de armas procesales respecto a la otra parte.

Aunque el secreto profesional del abogado no puede configurarse como un derecho fundamental, se halla estrechamente ligado a los artículos 18 y 24 de la Constitución por el derecho a la intimidad del cliente, derecho a la defensa y a la igualdad de armas procesales. En consecuencia, su aportación en el proceso la convertirá en una prueba ilícita. A su vez, ANDINO LÓPEZ, sostiene que la vulneración del secreto profesional del abogado es contraria a la buena fe procesal y el derecho a la tutela judicial efectiva impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes en el proceso.

Para acabar, de entre los muchos artículos de la obra, debemos reseñar el de Jaime ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, catedrático de Derecho procesal, relativo a la prueba del whatsapp y mensajes remitidos a través de las redes sociales. En la jurisprudencia de las audiencias provinciales se da credibilidad a dichos mensajes o, por el contrario, se les niega cualquier eficacia probatoria por considerarse altamente manipulable. Una postura intermedia es la que supedita la credibilidad de la prueba del whatsapp a la existencia de otro tipo de pruebas que la corroboren. Tales mensajes suelen admitirse siempre que en los mismos intervenga como remitente o receptor el que los aporte. Su aportación puede hacerse mediante una simple impresión. La prueba pericial para comprobar su autenticidad es, por ahora, difícil o —incluso— imposible por la postura de las empresas proveedoras del servicio de mensajería. Concluye el autor que los mensajes no son un medio de prueba sino el objeto de la prueba, que puede probarse su contenido a través de otros medios de prueba.