

PROBÁTICA
Y DERECHO
PROBATORIO

La prueba civil a debate judicial

Estudios prácticos sobre prueba civil I

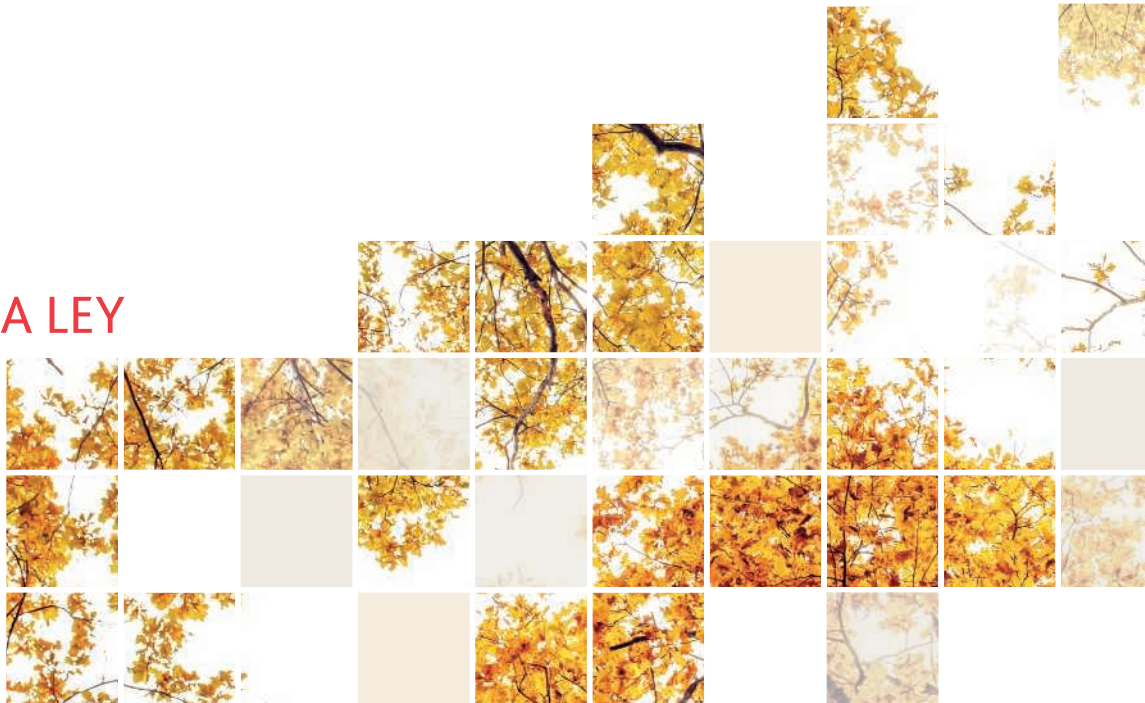
Directores

Joan Picó i Junoy

Xavier Abel Lluch

Berta Pellicer Ortiz

■ LA LEY



PROBÁTICA
Y DERECHO
PROBATORIO

■ LA LEY

La prueba civil a debate judicial

Estudios prácticos sobre prueba civil I

Directores

Joan Picó i Junoy

Xavier Abel Lluch

Berta Pellicer Ortiz

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: enero 2018

Depósito Legal: M-35606-2017

ISBN Impreso: 978-84-9020-679-9

ISBN Electrónico: 978-84-9020-680-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

de litigantes) siendo este doble mecanismo de filtro criticado por algunos porque puede utilizarse para dilatar el normal funcionamiento del juicio y puede perjudicar la espontaneidad de la respuesta. Para JIMÉNEZ CONDE la oposición a las preguntas admitidas por el Juez entraña un verdadero recurso de reposición *in voce*, análogo al previsto en el art. 285.2 LEC que implica que antes de que el órgano jurisdiccional resuelva deberá dar audiencia a la parte contraria (la que ha formulado la pregunta).

Las preguntas podrán ser inadmitidas en los siguientes casos:

— Cuando sean impertinentes, ya sea por tratarse de hechos no conocidos por el interrogado o que no guarden relación con el objeto del proceso. En este punto debe decirse que resulta habitual en los procedimientos de familia hacer preguntas que si bien en un principio no guardan relación con el objeto del proceso, sirven para enmarcar o ubicar en el espacio o en el tiempo determinadas circunstancias o hechos que valorados con otros si son relevantes a la hora de decidir sobre las pretensiones de las partes y sobre los pronunciamientos que de oficio debe hacer el tribunal (los relativos a menores); de ahí que en la práctica el Juez pregunte al Letrado que interroga cuál es la finalidad de ese tipo de preguntas antes de rechazarlas o inadmitirlas.

— Cuando sean inútiles. Como en la anterior situación, en ocasiones la aclaración del abogado sobre la utilidad de la pregunta antes de formularla puede determinar el criterio del Tribunal respecto de una pregunta que aparentemente resulta inútil.

— Cuando no se ajusten a las prescripciones contenidas en el apartado 1º del art. 302 LEC.

c) En un procedimiento de modificación de medidas: ¿puede volver a interrogarse sobre hechos que ya fueron objeto de interrogatorio en el proceso de divorcio? En caso afirmativo: ¿cómo se valora la contradicción entre ambas declaraciones?

El procedimiento de modificación aparece regulado como un mecanismo para adecuar las medidas acordadas en la sentencia matrimonial (o de pareja de hecho) a las nuevas circunstancias surgidas tras la crisis. Las resoluciones judiciales solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes y deben ejecutarse en sus propios términos (art. 18 LOPJ). Si se

pretende una modificación de medidas, han de concurrir variaciones sustanciales o de importante incidencia, y que se trate de hechos posteriores a los ya enjuiciados, pues lo contrario produciría una revisión de conductas y hechos ya valorados en su momento y sobre los cuales no cabe pronunciarse de nuevo; por otro lado, el contenido del convenio regulador vincula a los otorgantes en materia probatoria de la cuestión debatida, incluso sin homologación judicial, como un negocio jurídico de Derecho de Familia, con plena y total virtualidad, al ser expresión del principio de autonomía de la voluntad consagrado en los arts. 1255 y ss. CC. Cabe recordar el criterio mantenido por la STC 54/97, de 17 de abril, según el cual el replanteamiento de cuestiones de esta naturaleza con el mismo fundamento resulta inviable, no pudiendo pretenderse la modificación de las medidas acordadas una y otra vez sin un cambio de situación. Por ello, el procedimiento para su modificación no debe ser una mera impugnación de la primera sentencia, donde se aprobaron las medidas originarias, sino que se trata de un proceso «*ex novo*», con regulación y sustanciación propias, de lo que se desprende que no puede pretenderse una modificación de cualquiera de los extremos acordados si no ha existido un verdadero y sustancial cambio de situación». Cuando se trata de medidas personales acerca de los hijos menores de edad el requisito de alteración sustancial debe interpretarse de modo especial pues el interés preponderante de los menores ha de presidir cualquier medida judicial. La regulación sobre la modificación de medidas en general se contiene en los arts. 90 y 91 del CC y 775 de la LEC. Tras la reforma operada por Ley 15/2015, de 2 de julio, del art. 90.3 del CC las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges. La STS de 13 de abril de 2016 pone de relieve que la nueva redacción recoge la postura jurisprudencial de dar preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero sí cierto⁽²⁴⁴⁾.

Teniendo en cuenta la naturaleza del procedimiento de modificación entiendo que no puede volver a interrogarse sobre hechos que ya fueron objeto de interrogatorio en el procedimiento precedente pues se estaría dando cabida a una revisión de la sentencia o de la valoración de la prueba practicada en su momento. Sin embargo, cuando la modificación es de sen-

(244) ENCUESTA JURÍDICA MARZO 2016. Coordinadora Pilar González Vicente.

tencia dictada de mutuo acuerdo, la exigencia de juicio comparativo para valorar si existe o no alteración sustancial si permite que en el procedimiento de modificación se interrogue sobre hechos existentes al momento de dictar la sentencia o firmarse el convenio pues, generalmente, sobre estos hechos no se habrá practicado interrogatorio ya que tras la ratificación y el informe del Ministerio Fiscal en su caso, se habrá dictado la sentencia homologando el convenio.

El procedimiento de modificación no tiene por finalidad revisar las circunstancias que ya han sido objeto de estudio en el anterior procedimiento, sino analizar si las nuevas circunstancias surgidas justifican un cambio en las medidas adoptadas judicialmente. Es necesario la aportación de los elementos de prueba que permitan el examen comparativo entre la situación existente en el momento de adoptarse las medidas que se quieren modificar y la situación actual. Las sentencias del TS relativas a la modificación del régimen de relaciones de los hijos con sus progenitores entienden que la edad de los hijos o la nueva regulación o jurisprudencia sobre la guarda compartida merecen la consideración de hechos nuevos a valorar en un procedimiento de modificación⁽²⁴⁵⁾.

EXTRACTO DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE

SAP Pontevedra, secc. 6ª, de 12 de septiembre de 2016. Pte. Eugenio Francisco Míguez Tabares. ROJ: SAP PO 1732/2016-ECLI:ES:APPO:16:1732.

Segundo: «[...] En el presente caso se alega que el recurrente no fue escuchado por el tribunal, pero hay que tener en cuenta que la no declaración de uno de los litigantes en la vista no supone una denegación de prueba toda vez que la prueba de interrogatorio de partes debe ser solicitada por la otra parte, tal y como resulta con carácter general en lo dispuesto en el art. 301.1 LEC. En todo caso la denegación de prueba no supone limitación de medios de defensa; así el Tribunal Constitucional en la sentencia 186/1997 de 10 de noviembre de 1997 afirma "que este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho de defensa, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el art. 24 CE, garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales", todo lo cual ha sido perfectamente salvaguardado en el proceso.

Ciertamente podría ser relevante la declaración del recurrente —al constar que no asiste a la vista al estar privado de libertad— en un proceso de familia, si en la

(245) STS de 13 de abril de 2016, 20 de septiembre de 2016, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 5/2017 de 12 Ene. 2017, Rec. 2318/2015.

sentencia de instancia se hubiesen acordado medidas que hubiesen resultado especialmente gravosas para el mismo, como habrían sido la privación de la patria potestad o incluso la fijación de una pensión de alimentos, pero ninguna de ellas se ha adoptado en la resolución recurrida, que se ha limitado a declarar la patria potestad compartida por ambos progenitores con atribución de la guarda y custodia a la madre, sin que tales pronunciamientos hayan sido impugnados».

2. PRUEBA DOCUMENTAL

Por Xavier ABEL LLUCH

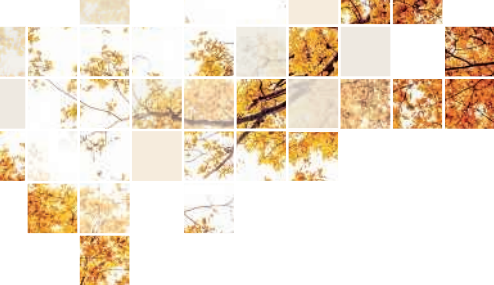
2.1. Supuestos

- a) Si una de las partes aporta un «volcado» de WhatsApp y la parte adversa impugna el «volcado» alegando que ha sido manipulado o que sólo se ha aportado parcialmente: ¿Cómo deberá procederse?**

Cada vez resulta más frecuente el recurso a las tecnologías de la información y comunicación, siendo una fuente de prueba de especial relevancia los mensajes y/o conversaciones de WhatsApp, que se introducen en el proceso judicial por vía de la prueba documental y en forma de «volcado», esto es, transcripción escrita de la información contenida en el dispositivo electrónico (normalmente teléfonos móviles y smartphones).

Con carácter previo, y aun cuando la pregunta se refiere a la transcripción escrita de la mensajería instantánea, no sobra recordar que el WhatsApp, en cuanto fuente de prueba, puede acceder al proceso no únicamente a través de la prueba documental, sino también de otros medios, como pueden ser las declaraciones de partes o testigos (ej. cuando se interroga a la parte o a un tercero sobre si ha emitido o recibido un determinado mensaje, el contenido del mismo o la fecha de transmisión), de la prueba pericial (ej. cuando es objeto de impugnación o simplemente para acreditar la transmisión) e incluso a través del reconocimiento judicial (ej. cuando el juez percibe por sí mismo el dispositivo electrónico que contiene el mensaje o la conversación).

Ello no impide que, una vez aportado el WhatsApp el mismo pueda ser impugnado. Dicha impugnación tendrá lugar en la audiencia previa o en la vista, y al amparo del artículo 427.1 LEC, que impone a cada parte la carga procesal de pronunciarse sobre los documentos aportados de adversa (el trámite de posicionamiento ante documentos).



Los «Estudios prácticos sobre prueba civil» de la colección «Probática y Derecho Probatorio» tienen por objeto analizar cuestiones controvertidas en materia probatoria desde una perspectiva judicial, esto es, tomando en cuenta, especialmente, la opinión de los jueces y magistrados

Cada una de las cuestiones estudiadas responde a un mismo esquema en el que se distinguen tres apartados. En el primero, se ofrece la respuesta a la cuestión planteada surgida tras el debate creado en un seminario judicial. En el segundo, se acompaña un índice sistemático de jurisprudencia, en el que se indican —con expresión de la fecha y una sucinta referencia a su contenido— las sentencias más significativas sobre la cuestión probatoria analizada. Y, finalmente, en el tercer apartado, se insertan, a modo de extractos parciales, la parte más relevante de las sentencias que abordan la cuestión analizada.

La obra se divide en cuatro grandes capítulos: en el primero se analizan cuestiones problemáticas de la teoría general de la prueba; en el segundo se examinan diversos problemas prácticos que plantean los distintos medios de prueba; el tercero está destinado a los problemas probatorios que se suscitan en los procesos de familia; y por último, en el cuarto capítulo se examinan diversas cuestiones probatorias conflictivas referentes a los procesos mercantiles.

En definitiva, el lector que se encuentre ante los mismos problemas abordados en esta obra encontrará la adecuada solución a los mismos.

