

Market Matters

BOLETÍN DE ACTUALIDAD DE DERECHO PRIVADO DE RSM

THE POWER OF BEING UNDERSTOOD
ASSURANCE | TAX | CONSULTING | LEGAL

Simen

One of the
RSM team



#01

Abril | 24

EN ESTE NÚMERO

Sentencia del mes

La infrecuente anulación del laudo arbitral (STSJM 14-02-24 nº 10/2024).

Asunto del mes

A vueltas con la transmisión de participaciones sociales tituladas a favor de un cónyuge casado en régimen de gananciales.

Al día

Phishing y Smishing

¿Tienen las entidades financieras la obligación de responder frente a sus clientes cuando hayan sido víctimas de una operación de pago no autorizada?

Los mensajes de WhatsApp como prueba válida.

Consejo del mes

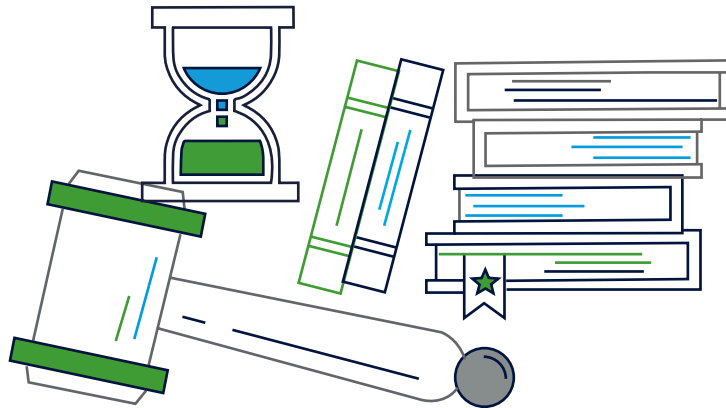
Seguir la ley no siempre es lo legal

¿Es buena idea empezar a cumplir estrictamente las formalidades legales cuando surge el conflicto entre los socios de una sociedad?

RSM



Guillermo Gastón de Iriarte



Editorial:

Dice el refranero que en "abril aguas mil" y además de la lluvia natural, este mes nos trae otra lluvia en forma de novedades mercantiles y civiles, que hemos seleccionado para ti.

Entre otras cosas, en este número encontrarás nuestro contraste sobre la validez de los mensajes de Whatsapp como prueba en los tribunales.

También te damos claves sobre los problemas que se pueden dar para la válida transmisión de participaciones sociales tituladas por un cónyuge casado en régimen de gananciales cuando el otro no otorga, -o no lo hace en unidad de acto-, el correspondiente documento público de transmisión.

Entre otros asuntos, hacemos un análisis sobre la responsabilidad de las entidades financieras cuando sus clientes han sido víctimas de estafas, (*phishing o smishing*).

Adicionalmente, comentamos la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estima la acción de anulación de laudo por entender que concurre una interpretación indebida de la cláusula de sometimiento a arbitraje, tanto por parte del demandante, como de la corte, como del propio árbitro nombrado.

También te damos algunos consejos sobre como actuar en una sociedad cuando aparecen los conflictos entre los socios y surge la tentación de aplicar de manera estricta la regulación legal relativa a convocatorias y otros aspectos societarios. (*spoiler*: no es buena idea pasar de la informalidad a aplicar la ley estrictamente).

Y aquí seguimos informando y procurando manteneros actualizados, y... ¡a vuestra disposición!



Santiago Gastón de Iriarte



Claudia Tomás

Si quieres tener más información sobre esta cuestión, puedes contactar con nosotros.

Sentencia del mes:

La infrecuente anulación del laudo arbitral (STSJM 14-02-24 nº 10/2024).

El pasado 14 de febrero de 2024 la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó una demanda en la que se instaba una acción de anulación de laudo arbitral, siendo su consecuencia la nulidad e ineficacia del Laudo.

El Laudo, era de fecha 11 de noviembre de 2022 y fue aclarado mediante Laudo de Aclaración de Laudo Final, de fecha 21 de diciembre de 2022. El árbitro fue designado por la Corte de Arbitraje de Madrid (en adelante "la Corte") que actuaba en funciones de administradora del arbitraje.

¿Por qué motivo se anuló el laudo?

La demanda de acción de anulación del laudo arbitral se desarrolló en base a ocho motivos, todos ellos al amparo del contenido del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje (LA). El primer motivo alegado en el recurso fue estimado por la Sala del

TSJM, con condena en costas.

El motivo admitido, encuentra su acogida en el artículo 41.1.d) de la LA, y se fundamenta en una incorrecta interpretación de la cláusula de sometimiento a arbitraje acordada entre las partes, que eran los integrantes de una Unión Temporal de Empresas (UTE).

La citada cláusula tiene la siguiente redacción:

ARTÍCULO 23.- ARBITRAJE

Toda divergencia que surgiera entre las empresas (...) acuerdan aquellas someterlo a un arbitraje de Derecho, con exclusión de acudir a los Tribunales (...).

A tal objeto las empresas integrantes de la UTE designaran un árbitro único de común acuerdo.



En el supuesto de que el árbitro arriba mencionado no pudiera emitir dicho laudo o declinara su nombramiento ambas partes acuerdan dirimir sus diferencias ante la Cámara de Comercio e industria y ante el Tribunal Arbitral o Arbitro designado según su reglamento y estatutos. (...)

La formalización del compromiso y el desarrollo del arbitraje se realizará en Madrid. (...).

En definitiva, es evidente que existía una cláusula válida de sumisión al arbitraje, lo que jamás ha sido discutido. La irregularidad por la que la parte actora entendía que el laudo debía ser anulado, consiste en la forma en la que se produjo la designación del árbitro único por la Corte.

Según la literalidad de la cláusula antes transcrita, si no existe acuerdo entre las partes para la designación del árbitro, (supuesto que ocurrió en el presente caso, al no contemplarse además dicho supuesto en la citada cláusula), el árbitro único debe ser nombrado por el tribunal competente, según lo previsto en el artículo 15.2 a) de la LA, que señala:

2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes letras:

A) En el arbitraje con un solo arbitro, este será nombrado por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes.

Lo anterior se debe poner en relación con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la LA, que establece que el Tribunal competente para nombrar el árbitro único en esos supuestos es el TSJ que corresponda por razón territorial.

8.1. Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje (...).

Pues bien, se inició y tramitó el procedimiento arbitral sin acudir al TSJM para que designara al árbitro único, en infracción de lo dispuesto en la cláusula de sometimiento al arbitraje y a la ley. Así resultó que los demandantes en este procedimiento arbitral acudieron directamente a la Corte, para que fuera dicha institución la que administrara el arbitraje y nombrara al árbitro único. Frente a ello, el primer motivo de nulidad del laudo, acogido por la sentencia, era que tanto la Corte, como el árbitro designado, habían cometido una doble infracción al aceptar sus respectivas responsabilidades, esto es:

- (i) Que la Corte designó un árbitro sin respetar el contenido de la cláusula de sometimiento al arbitraje, ya que, no tenía facultades para ello según el contenido de la propia cláusula de sometimiento a arbitraje antes transcrita. En definitiva, este organismo debió rechazar la solicitud de administración del arbitraje y designación de árbitro.
- (ii) Que el árbitro designado, tampoco tuvo en cuenta la literalidad de la cláusula de sometimiento a arbitraje y aceptó su nombramiento, lo que constituye otra ilegalidad, declarándose, competente en infracción de su deber de estudiar su propia competencia.



Entonces, ¿cuál es la resolución del TSJM?

La Sala de lo Civil del TSJM en primer lugar, antes de entrar a conocer los motivos de anulación de la demanda, hace referencia al carácter específico sobre el que versan este tipo de resoluciones, haciendo referencia a que la acción de anulación, en ningún caso, supone una nueva instancia como si el Tribunal estuviera habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuado por los árbitros, recordando sus previos pronunciamientos en la materia, y concluyendo en que la Sala no puede reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral, limitando las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de la LA.

Por todo ello, la designación y el procedimiento seguido para el nombramiento del árbitro único no se ajustó en ningún caso al acuerdo entre las partes, encontrando acogida estos argumentos con el motivo de anulación previsto en el artículo 41.1. d) de la LA que regula la formulación de una acción de anulación de un laudo en el siguiente supuesto:

41.1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

d) que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo no se han ajustado a esta Ley.

Por tanto, la Corte en el momento en que recibió la solicitud de designación del árbitro instada por parte actora del procedimiento arbitral, en ningún caso debió considerarse competente para designar al árbitro único, ni tampoco el árbitro único debió haber aceptado su nombramiento.

No cabe duda, en definitiva, que la anulación del arbitraje solo puede atenderse cuando incide en los motivos recogidos en el artículo 41.1 de la LA. Es por ello que, el primer motivo de nulidad desarrollado en el recurso se incardina en el contenido del artículo 41.1.d) razón por la que fue acogido por la Sala (*la designación del árbitro y el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes*).

Así resulta que la Sala, interpretando en su literalidad el artículo 23 de los estatutos de la UTE transcrito con anterioridad, estima ajustada a derecho la impugnación y consiguiente nulidad del laudo solicitado por la parte actora. En concreto, expone que de la interpretación de la citada cláusula se llega a la conclusión de que, si existen divergencias entre las empresas, deberán ser sometidas a un arbitraje **designando de común acuerdo un árbitro**, y concluyendo que para el supuesto de que el árbitro no hubiera sido designado de común acuerdo, no entraría en juego, la previsión del párrafo tercero de la citada cláusula estatutaria, esto es:

En el supuesto de que el árbitro arriba mencionado no pudiera emitir dicho laudo o declinara su nombramiento ambas partes acuerdan dirimir sus diferencias ante la Cámara de Comercio e industria y ante el Tribunal Arbitral o arbitro designado según su reglamento y estatutos.

En definitiva, la Sentencia acertadamente entiende que el presupuesto para acudir a la Corte es que, una vez nombrado el árbitro de común acuerdo, éste no pudiera laudar o no aceptara o renunciara su designación.

Para la Sala del TSJM los demandantes en el procedimiento arbitral se precipitaron al solicitar el inicio del arbitraje, resultado también contrario a derecho que la propia Corte lo aceptara, **ya que faltaba el presupuesto previo de un fallido arbitraje por alguien designado de común acuerdo por las empresas que conforman la UTE para que el arbitraje fuera sometido a la Corte.**

Como consecuencia de la falta de regulación del caso concreto, el TSJM concluye que esta omisión conlleva que ante la falta de acuerdo de las empresas en el nombramiento de un árbitro, y no estando previsto en la cláusula la fórmula que deberían de haber seguido las partes en dicho supuesto, la única vía es acudir al procedimiento judicial de nombramiento previsto en el artículo 15 de la LA, esto es, acudir ante el tribunal competente (TSJM) para que designara un árbitro.

Por todas las razones expuestas la Sala determina que concurre el motivo contemplado en el artículo 41.1.d) de la LA estimando la demanda de acción de anulación de laudo arbitral con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

¿Te ha parecido un pronunciamiento interesante? Si a raíz de la lectura de este artículo tienes alguna cuestión sobre este tema en concreto, o la situación se asemeja a tu realidad, no dudes en ponerte en contacto con el Departamento de Arbitraje de RSM, estaremos encantados de prestarte ese asesoramiento que despeje tus cuestiones.

Cabe señalar que esta Sentencia por su trascendencia ha sido objeto de comentario en el blog de José Carlos Fernández Rozas – [Ante la falta de acuerdo de las empresas integrantes de la UTE en el nombramiento de un árbitro y no estando previsto en la cláusula compromisoria otra fórmula de designación, era necesario proceder a la formalización judicial \(STSJ Madrid CP 1º 14 febrero 2024\) – El Blog de José Carlos Fernández Rozas \(fernandezrozass.com\)–](#)

La Sentencia tiene un interés especial porque las acciones de anulación de Laudo no suelen ser acogidas por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, ya que, en la mayoría de los recursos, lo que se está intentando, es convertir la acción en una segunda instancia, lo que no es posible en los procedimientos arbitrales. En definitiva, cuando las partes deciden excluir a los poderes públicos (Administración de Justicia) para resolver sus conflictos de interés no pueden luego, si no encuentran satisfacción a sus pretensiones, acudir a la vía jurisdiccional, precisamente porque el sometimiento a arbitraje la excluye con todas sus consecuencias.



Si quieres tener más información sobre esta cuestión, puedes contactar con nosotros.

Santiago Gastón de Iriarte

Asunto del mes:

A vueltas con la transmisión de participaciones sociales tituladas a favor de un cónyuge casado en régimen de gananciales.

En esta ocasión estudiamos la cuestión de la enajenación de participaciones sociales por uno de los cónyuges de las que él es titular único y casado en **régimen de gananciales**.

El artículo 1.384 Código Civil contempla dos supuestos distintos:

- (i) De una parte, los actos de administración de bienes lo que incluye, en relación con los derechos inherentes a la titularidad de participaciones sociales, la posibilidad de asistir a las juntas y votar los acuerdos que se consideren oportunos. De modo que, el cónyuge titular de participaciones sociales podrá decidir sobre cualquier cuestión sometida a la Junta entre las que se incluye evidentemente la formulación y/o aprobación de cuentas.
- (ii) De otra parte, regula el supuesto de los actos de disposición de bienes gananciales para los que solo permite la actuación del cónyuge a cuyo nombre figuren estos bienes cuando se trate de dinero o títulos valores.

Es un hecho que, las participaciones sociales no pueden ser consideradas títulos valores, como acertadamente señala la sentencia del Tribunal Supremo 3072/2012 y la Ley de Sociedades de Capital.

La conclusión a que conduce la normativa no admite otra interpretación, sin embargo, probablemente el legislador no está teniendo en cuenta que en el ámbito de la relación interna de la sociedad de gananciales no habría razón para distinguir entre acciones y participaciones sociales, aunque la sanción, según tiene declarado la doctrina y jurisprudencia no es de nulidad sino de anulabilidad.

A efectos prácticos esta cuestión significa que aunque no puede presumirse el consentimiento hay que acudir a la redacción del art. 1322 el Código Civil que impone que *cuando la Ley exige el consentimiento del otro cónyuge todos esos actos que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido*. Esa confirmación tácita (que no presunta) si la examinamos de conformidad con el artículo 1383 Código Civil, puede ser objeto de afirmación sobre su existencia y, en ese caso, trasladaríamos al Tribunal la labor de interpretar este precepto



que encuentra una posible consecuencia muy importante en el apartado 4º de artículo 1393 Código Civil, que anuda esta obligación a una de las causas para la terminación de la sociedad de gananciales a través de un procedimiento judicial. Es decir, que el deber (que no obligación) de información periódica y recíproca de las actividades económicas de cada uno de los cónyuges frecuentemente puede devenir en el consentimiento para su enajenación.

Junto a todo lo anterior, resulta que la transmisión de participaciones sociales exige el otorgamiento de escritura pública y además el consentimiento expreso del cónyuge no titular, por lo que inevitablemente tiene trascendencia inmediata en la realidad económico-social y sobre la que una posible acción de anulación atenta directamente contra la seguridad jurídica.

Desde el punto de vista práctico, es evidente que la ratificación posterior del cónyuge suprime la condición suspensiva a que está sometida la efectividad de la transmisión de las participaciones sociales en escritura pública otorgada exclusivamente por su cónyuge titular.

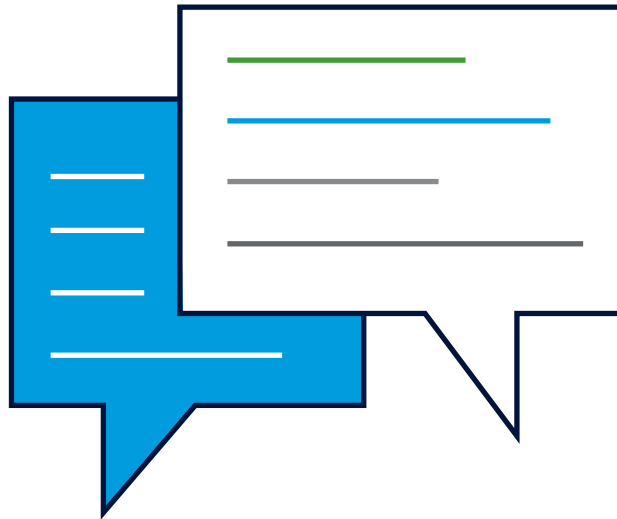
Otra opción puede ser la declaración de voluntad del cónyuge no titular de las participaciones que suscriben un documento privado, con firma electrónica o notarialmente autenticado en la que se diga expresamente que está informado y que presta su consentimiento. Este acuerdo de voluntades, constitutiva de un negocio jurídico, tiene plena validez inter partes, pero no tiene efectos frente a terceros ni para la sociedad que no puede tener en consideración esta transmisión, que como venimos diciendo exige el otorgamiento de escritura pública.

Por último, siguiendo con la hipótesis de la venta en documento privado, aunque no tiene efecto traslativo, puede facultar al comprador a compeler al vendedor a completar la formalidad ex artículo 1279 Código Civil que debería terminar con la correspondiente resolución judicial de otorgamiento de la escritura pública la que también encuentra apoyo aunque indirecto, en el artículo 1377 del Código Civil.

En conclusión nos enfrentamos, de lege data, a un problema que, en nuestra opinión exige una modificación de la normativa reguladora, ya sea en el Código Civil o en la Ley de Sociedades de Capital.

Para leer el artículo completo puedes consultar el siguiente enlace:

[A vueltas con la transmisión de participaciones sociales tituladas a favor de un cónyuge casado en régimen de gananciales | E&J \(economistjurist.es\)](https://economistjurist.es)





Si quieres tener más información sobre esta cuestión, puedes contactar con nosotros.

Teresa García Ibarra

Al día:

Phishing y Smishing

¿Tienen las entidades financieras la obligación de responder frente a sus clientes cuando hayan sido víctimas de una operación de pago no autorizada?

El acceso a la banca online y su reciente desarrollo, ha provocado el aumento de operaciones de pago no autorizadas. Cada vez son más los afectados por las técnicas denominadas *phishing* o *smishing* y con ello, los problemas a los que se enfrentan los usuarios de banca online con sus proveedores de servicios financieros para que procedan a la devolución de las cantidades transferidas sin su consentimiento.

Estas técnicas, cada vez más sofisticadas, suelen partir de un supuesto similar, consistente en el caso de *smishing*, en el envío de un SMS a los usuarios de banca online desde el mismo número de teléfono que la entidad financiera utiliza para ponerse en contacto con sus clientes, en el que se informa al usuario que se ha vinculado un nuevo dispositivo a los servicios de banca en línea. En dicho mensaje, se solicita al cliente que proceda a su verificación mediante el acceso a un enlace de una página web en la que se le exige que proporcione sus credenciales. Dicho SMS, reúne, normalmente, los elementos necesarios para aparentar que se trata de una comunicación auténtica de la entidad financiera, pues el sms se encuentra agrupado en el mismo hilo de

mensajes en el que constan los sms recibidos por el proveedor de servicios al usuario, por lo que, el cliente, convencido de su autenticidad, accede y proporciona la información solicitada.

Ahora bien, desde el punto de responsabilidad civil y dejando de lado los efectos de la evidente conducta delictiva en la esfera penal, la pregunta que se plantea es si las entidades financieras tienen la obligación de responder ante sus clientes y devolverles los importes sustraídos por un tercero no autorizado cuando dicha operación de pago se ha materializado a través de este tipo de prácticas.

La respuesta debe ser afirmativa, puesto que de conformidad con el artículo 45 del Real Decreto-ley 19/2018, de 24 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera y el régimen legal sobre la responsabilidad contractual, las entidades financieras tienen la obligación de restituir a sus clientes el importe que le haya sido sustraído como consecuencia de la operación no autorizada de forma inmediata, si estos niegan haber realizado esta transacción.



Esta responsabilidad contractual se fundamenta en la obligación que ostentan los proveedores de servicios de adoptar una serie de medidas de seguridad y dotarse de mecanismos de control que le permitan el buen funcionamiento de los servicios que prestan y detectar operaciones de pago no autorizadas.

Entre las medidas de seguridad que se deben adoptar, se incluyen la de detectar las posibles suplantaciones de identidad por terceros no

autorizados a través del uso de números de teléfono idénticos a los que utilizan las entidades financieras para ponerse en contacto con sus clientes. Esto supone que, si el usuario de servicios niega haber autorizado una operación de pago ya ejecutada, será la entidad financiera la que deberá demostrar que la operación fue autenticada, registrada con exactitud, contabilizada y que no se vio afectada por una deficiencia de servicio.

En este sentido, a modo de ejemplo, se indica que el mero envío de información a través de correos electrónicos o avisos publicados en las páginas web de las entidades financieras sobre técnicas de operaciones bancarias no autorizadas, o el mero registro de una transferencia no autorizada por parte del proveedor de servicios no constituyen medidas para garantizar la seguridad y control de los servicios de pago, pues lo contrario, supondría exigir a los usuarios, un alto grado de conocimiento sobre esta materia que un cliente medio no tienen la obligación de disponer.

¿Cuándo las entidades financieras no tendrían obligación de proceder a la devolución de las cantidades sustraídas a sus clientes?

En supuestos en los que se demuestre por parte de la entidad financiera que los usuarios de servicios obraron con negligencia grave.

Para ello, los proveedores de servicios deberán acreditar que el cliente no ha actuado con la diligencia que le resultaba exigible, por lo que, si este ha mantenido en secreto sus credenciales y ha puesto en conocimiento de su banco, sin demora injustificada, que ha sido víctima de este tipo de prácticas, no concurriría el requisito para que el banco quedara exonerado de su responsabilidad.

En definitiva, el usuario que se haya visto afectado por este tipo de técnicas no autorizadas podrá solicitar a su proveedor de servicios la devolución del importe sustraído, siempre y cuando haya cumplido con sus obligaciones contractuales, haya actuado con la diligencia que le es exigible y la entidad financiera no haya adoptado los mecanismos de seguridad necesarios para detectar que la operación de pago no fue autorizada, correspondiendo la carga de la prueba de todo ello a la entidad financiera.

Para leer el artículo completo puedes consultar el siguiente enlace:

[¿Tienen las entidades financieras la obligación de responder frente a sus clientes cuando hayan sido víctimas de una operación de pago no autorizada? | Lawyerpress NEWS](#)

lawyerpress[®] **NEWS**



Guillermo Gastón de Iriarte



Belén Gutiérrez

Si quieres tener más información sobre esta cuestión, puedes contactar con nosotros.

Al día:

Los mensajes de *WhatsApp* como prueba válida.

I. Sobre los aspectos positivos de los mensajes de *WhatsApp* como prueba

En la sociedad actual, existe un uso generalizado de la aplicación *WhatsApp* como medio de comunicación tanto en el ámbito privado de las relaciones como en el ámbito empresarial y laboral. La citada herramienta es muy útil para el desarrollo de las relaciones puesto que es una mensajería instantánea, rápida e interactiva, habiendo, por ello, trascendido su uso a la esfera de los negocios jurídicos. Es por ello por lo que, desde su popularización en el año 2012, han sido numerosas las ocasiones en las que los Juzgados y Tribunales de nuestro país se han pronunciado en relación con la validez de los mensajes de esta aplicación como medio de prueba en los procedimientos judiciales.

Este medio de prueba se ha vuelto frecuente y permite a las partes probar de forma sencilla y clara las comunicaciones mantenidas con la contraparte. Además, en el caso de que la integridad y autenticidad del mensaje que se aporta como prueba al procedimiento no sea impugnado por la parte contraria, el mismo despliega plena eficacia en el seno del proceso. Es más, si se aportan dichos mensajes impresos, se entiende que es un documento privado y, por tanto, es de aplicación lo recogido en el artículo 326.1 de la LEC: *harán prueba plena en el proceso, en los*

*términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen. Asimismo, si los mensajes de *WhatsApp* fueran incorporados por medio de diligencia de constancia del Letrado de Administración de Justicia a la que alude el artículo 383 de la LEC, o por medio de levantamiento de acta notarial, dichos mensajes tendrían consideración de documento público, por lo que, les sería de aplicación lo dispuesto en el propio artículo 319 de la LEC: *harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esta documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.**

Es importante tener en cuenta que, la posibilidad de modificación del contenido de las conversaciones mantenidas por esta aplicación no debe restar eficacia y validez a las mismas ya que como señala, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada nº 802/2019 de 20 de noviembre: *la mera posibilidad de manipulación del contenido transcrito de una conversación de *WhatsApp*, no permite sin más excluir su valor probatorio, cuando se ha empleado y habilitado entre los litigantes tal medio de intercambio de mensajes y la parte perjudicada por su contenido no aporta a las actuaciones su propio dispositivo*



móvil o soporte informático, reflejando un resultado o contexto distinto del señalado por la otra parte, justificando que la conversación transcrita pudo haber sido manipulada o descontextualizada. Y añade: Lo mismo ocurre con las fotocopias que también pueden ser manipuladas y no por ello carecen de valor probatorio.

Por tanto, cuando en un procedimiento judicial se invocan las referidas conversaciones de WhatsApp frente a quien también las ha mantenido, la otra parte de la conversación o chat tiene a su alcance la prueba más directa y eficaz para probar su autenticidad o no, mediante la aportación a los autos de las conversaciones que constan en su propio teléfono ya que, si no coinciden, queda de manifiesto la manipulación por la contraparte. Por lo que, no basta con señalar que “se impugna” dicha prueba para que la misma carezca de valor, si no que quien las niegue debe aportar las conversaciones que consten en su propio teléfono a fin de probar la supuesta modificación.

En definitiva, teniendo en cuenta el uso frecuente que realizamos de esta aplicación, así como la valoración por parte de los tribunales como un medio de prueba eficaz y válido de las relaciones jurídicas mediante su simple impresión – “pantallazos” – facilita enormemente la acreditación de los hechos a las partes, proporcionando así una herramienta más para cumplir con la carga de la prueba impuesta en los procedimientos civiles y una adaptación a las nuevas tecnologías y digitalización de la Administración de Justicia.

II. Sobre los riesgos del uso de mensajes de WhatsApp como prueba.

Desde hace ya unos cuantos años, se ha popularizado el uso de aplicaciones como WhatsApp para el envío de mensajes y documentos.

Según Datareportal, en España aproximadamente un 90 por ciento de los usuarios de smartphone usan WhatsApp. Los datos de Datareportal, además sugieren que quien usa Whatsapp, lo usa varias veces al día y que los usuarios lo prefieren a otras aplicaciones de mensajería como Telegram.

Estos datos apuntan que el uso de Whatsapp en España (y también según Datareportal a nivel global sucede algo parecido) está universalmente extendido y que genera un incesante y voluminoso tráfico de mensajes.

Aparte de su uso masivamente extendido, nada distingue a estas aplicaciones de cualquier otro medio de comunicación como el correo electrónico o el postal. Son mensajes escritos, audios, vídeos y otros que en muchas ocasiones contendrán expresiones de voluntad y por tanto generarán compromisos y obligaciones entre quienes los emitan y reciban.

Por tanto, viene siendo perfectamente natural, y habitual, cuando hay discrepancia respecto a lo acordado y esta discrepancia acaba en un pleito, el presentarlos como medio de prueba.

Esta prueba se presenta a veces como prueba documental, que suele ser una impresión de pantalla o una transcripción del mensaje.

El problema surge cuando la persona a quien perjudica el mensaje no admite haberlo enviado (puede decir que no recuerda haberlo enviado), o directamente lo impugna (dice que es falso, que él no lo envió, o que dijo algo diferente). En estos casos recaerá sobre quien haya aportado el mensaje la carga de probar su autenticidad, la autoría del emisor y la integridad del mensaje, es decir que no ha sido manipulado.

En tal caso, si la conversación aportada no se soporta en otros medios de prueba, (testigos que la conozcan, u otras evidencias de la obligación) se hará necesario aportar una prueba pericial. De lo contrario el tribunal no podrá dar valor a esa prueba y por tanto desestimarás las pretensiones de quien hubiese aportado el mensaje, con el riesgo de la condena en costas.

En su momento, ya se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo 300/2015, de 19 de mayo, –en un asunto penal, pero cuyo argumento es frecuentemente citado en las resoluciones de los tribunales del orden civil–:

...Y es que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

Según Jorge Coronado, de Quantika 14, para realizar correctamente esta prueba, y emitir una opinión válida sobre la procedencia del mensaje, y su contenido es necesario analizar la base de datos del terminal, y verificar que no ha sido manipulada. De lo contrario, como dice la sentencia antes citada habrá dudas sobre la manipulación de los archivos, lo que invalidará la prueba.

En otras ocasiones los peritos utilizan la aplicación web de WhatsApp y se limitan a certificar una grabación de los datos de navegación, lo que tampoco sería válido, y podría quedar fácilmente evidenciado en sede de juicio, mediante pericial contradictoria o mediante preguntas al perito que la pericial no acredita la veracidad de los mensajes.

Y es que esa verificación de la base de datos es meticulosa, exige conocimientos técnicos avanzados, y disponer de herramientas informáticas adecuadas, y caras, y lógicamente conlleva un alto coste.

Y es que en conclusión, es cierto que, como dicen algunos medios comentando la sentencia del Juzgado 6 de Granollers, el WhatsApp se admite como prueba, pero también es cierto que si esa es la única, o la fundamental prueba con la que se cuenta, es muy recomendable acompañarla de la correspondiente pericial y asegurarse de que el perito va a estar cualificado para certificar que los mensajes no han sido manipulados.

Para leer el artículo completo puedes consultar el siguiente enlace:

<https://www.legaltoday.com/revista-aja/1005/>





Si quieres tener más información sobre esta cuestión, puedes contactar con nosotros.

Guillermo Gastón de Iriarte

Consejo del mes:

Seguir la ley no siempre es lo legal

¿Es buena idea empezar a cumplir estrictamente las formalidades legales cuando surge el conflicto entre los socios de una sociedad?

Las empresas, por su propia definición suelen estar dominadas por dinámicas en las que imperan el pragmatismo y la agilidad frente al cumplimiento escrupuloso de las formalidades.

Así, es frecuente encontrarse en la práctica jurídica con sociedades en las que tradicionalmente no se han venido convocando juntas, o que se den por adoptados acuerdos sin que haya mediado una verdadera reunión, o incluso –y esto merecería otra entrada por el riesgo que supone para el administrador– que se certifiquen acuerdos sin que se haya formalizado la preceptiva acta.

Esta es la tónica habitual cuando las relaciones son fluidas y amistosas entre los socios, cuando predomina el entendimiento frente al conflicto y el negocio prospera, y poco se puede reprochar cuando de esta forma se gobierna un negocio que aporta valor, empleo y ofrece productos o servicios interesantes para el mercado.

Sin embargo, por razones de lo más diversas en ocasiones también surgen los desencuentros o malentendidos entre los socios, que pasan a estar desalineados en cuanto a los objetivos comunes y personales.

Estas circunstancias sobrevenidas, son lo que normalmente se califica como conflicto.

Por ello, también es habitual encontrarse en la práctica mercantil con que las maneras informales se sustituyan de manera algo abrupta por un repentino cumplimiento escrupuloso de las formalidades legales.

Entonces, donde antes se convocaban juntas verbalmente, ahora se siguen los preceptos estatutarios aplicables.

Este es el tema del que trata la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de octubre de 2023 que decide sobre la nulidad de los acuerdos adoptados en junta de socios cuando uno de los socios, el que impugna los acuerdos adoptados, fue convocado conforme a la ley, y por tanto en un domicilio, el suyo, pero en el que no llega a recibir la comunicación.

Aquí la prestigiosa sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, nos recuerda de nuevo –es un tema recurrente–, que convocar al socio siguiendo la ley, no es legal cuando el administrador convocante sabía de antemano que el socio convocado no iba a recibir la comunicación.

La audiencia llega a esta conclusión al analizar los hechos probados y entre ellos, que se dirige la convocatoria de la junta al domicilio social del socio, cuando este previamente había solicitado convocatoria de la junta y cuando lo hizo mediante un burofax en el que constaba una dirección distinta a su domicilio social y que es la del despacho que le está asesorando en esta convocatoria.

También considera la Audiencia como prueba de que el administrador conocía que la comunicación no se iba a recibir, el hecho de que se remite mediante escrito dirigido al domicilio social, cuando en el pasado, cuando la relación era fluida y amistosa, lo habitual había venido siendo que las convocatorias se remitiesen por correo electrónico o personalmente.

Además, prosigue la Audiencia, que el administrador convocante, una vez que tiene al acuse de recibo indicativo de que no se ha recibido la convocatoria, no despliega ninguna diligencia en intentar convocar al socio de otra forma.

Nos recuerda la Audiencia, que el administrador tiene deber genérico de diligencia en interés de la sociedad, añadiendo que ese interés de la sociedad es también el de los socios, por lo que el administrador debe también velar por ese interés.

Por eso, a juicio de la Audiencia, el convocante, el administrador, sabía de antemano que la convocatoria iba a ser fallida, y por eso declara la nulidad de los acuerdos adoptados en la correspondiente junta.

Aunque la sentencia no lo cite expresamente, planea en todo momento el Art. 7 del Código Civil y en particular el apartado 2, que principia: *La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. [...]*

En definitiva, y como consejo, no nos parece recomendable cambiar repentinamente el estilo informal de hacer las cosas, y pretender sustituirlo por un cumplimiento repentino, escrupuloso y puntilloso de la legalidad.

Resulta, como vemos, que cuando esas maniobras causan perjuicio a un socio, los tribunales son proclives a considerarlos prácticas abusivas anulando los correspondientes acuerdos y devolviendo a quien las practica a la casilla de salida, con el consiguiente y frustrante, desgaste.

Entonces, ¿cuál sería el *modus operandi* recomendable? Porque parece claro que seguir con las prácticas informales, quizá tampoco sea la mejor alternativa cuando hay conflicto.

Nuestro **consejo** en estas situaciones sería advertir, por los canales habituales, que en lo sucesivo se va a proceder de manera escrupulosa con el cumplimiento de la legalidad y que por tanto deberán estar atentos a las disposiciones legales y estatutarias que les competen para el ejercicio de sus derechos. El que avisa no es traidor. Después se podrá actuar de manera formal, y el socio tendrá más difícil alegar válidamente que se ha procedido contra él mediante un abuso de derecho.

RSM Spain

Barcelona.

Entença 325-335, 08029 Barcelona

Tarragona.

Rambla Nova 123, 43001 Tarragona

Madrid.

José Ortega y Gasset 22-24, 28006 Madrid

Valencia.

Maestro Clavé 3, 46001 Valencia

Palma.

Avda. Comte de Sallent 23, 07003 Palma de Mallorca

Gran Canaria.

Triana 120, 35002 Las Palmas de Gran Canaria

Sevilla.

Avda. de la Palmera 27-29 (Edificio Arttysur) 41013 Sevilla

ready@rsm.es

www.rsm.es

RSM Spain Professional Corporation, S.L.P. y las compañías relacionadas son miembros de la red RSM y operan bajo la marca RSM.

RSM es una marca utilizada únicamente por los miembros de la red RSM. Cada miembro de la red RSM es una firma independiente de auditoría y/o consultoría que actúa en su propio nombre. La red RSM, como tal, no tiene personalidad jurídica propia en ninguna jurisdicción. La red RSM está administrada por RSM International Limited, compañía registrada en Inglaterra y Gales (Company number 4040598), cuyo domicilio social se encuentra en 50 Cannon Street, London, EC4N 6JJ. La marca y el nombre comercial RSM, así como otros derechos de propiedad intelectual utilizados por los miembros de la red, pertenecen a RSM International, una asociación regida por el artículo 60 y siguientes del Código Civil de Suiza, cuya sede se encuentra en Zug.