

EL DICTAMEN PERICIAL DE PARTE UNA DÉCADA DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA ACTUAL LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

DAVID FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA

Abogado (*)

El dictamen pericial de parte una década después de la entrada en vigor de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil

El trabajo reflexiona sobre la creciente importancia que está adquiriendo la prueba pericial —y, en particular, la prueba pericial de parte— en un contexto en que la litigiosidad civil aumenta tanto cuantitativamente como en complejidad. Próximos a cumplirse diez años desde la entrada en vigor reforma procesal de 2000, que modificó sustancialmente la regulación procesal del dictamen de peritos, el artículo realiza una breve exposición sobre las funciones que la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye al perito dentro del proceso. A continuación, se aborda una serie de cuestiones de actualidad en relación con la prueba pericial de parte, prestando especial atención al debate que se suscita en torno a la independencia e imparcialidad de los profesionales que actúan como peritos designados por los propios litigantes. Después de contrastar la experiencia española con recientes discusiones que han tenido lugar en el Derecho comparado (especialmente en Inglaterra, con la Reforma Woolf), se obtiene la conclusión de que el régimen pericial de la LEC, acompañado acaso de algunas reglas autorregulatorias de quienes actúan como peritos, conforma un sistema razonablemente satisfactorio, capaz de dar una respuesta adecuada a los retos que plantea la sofisticación de las controversias que se dirimen en nuestros tribunales.

An examination of *ex parte* expert opinions ten years after the entrance into force of the current rules on civil proceedings

This study addresses the increasing importance of evidence produced by experts —particularly evidence produced in *ex parte* opinions— in the context of growing legal complexity and caseloads. The procedural amendment in 2000 essentially modified the guidelines for expert opinions. As its tenth anniversary approaches, this article provides a short description of the brief functions in connection with civil proceedings and experts. Several current issues related to *ex parte* expert opinions are subsequently discussed, paying special attention to the legal debate on the independence and impartiality of professionals who work as experts appointed by the parties for their own benefit. After contrasting the Spanish experience with recent debates in comparative law (focusing on England and its Woolf reform), we came to the conclusion that the guidelines established in connection with civil proceedings about the use of experts have created a reasonably satisfactory system, capable of adequately resolving the challenges resulting from the complexity of contemporary disputes resolved in court.

1 · INTRODUCCIÓN

El próximo 8 de enero de 2011 se cumplirán diez años desde que nuestros juzgados y tribunales empezaron a aplicar la —en aquel momento— nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 («LEC»).

Se dijo entonces —y se ha repetido después— que la reforma operada por la LEC supuso el abandono definitivo del viejo modelo procesal civil histórico-medieval en que había nacido anclada la Ley de 1881. Algún autor llegó a afirmar, refiriéndose a la norma decimonónica, que «definir el sistema de tratamiento procesal de numerosas instituciones se convertía en un ejercicio cuasiadivinatorio [...] que podía acabar con los nervios del jurista más templado», a lo cual anudaba su veredicto demoledor: «no resulta exagerado decir que la situación de nuestro ordenamiento procesal civil era caótica»¹.

Y, en efecto, a esa multitud y dispersión de procedimientos se unía el hecho, más elocuente, de que en los pleitos comenzaban a convivir figuras tan anacrónicas como el juramento decisorio, los pliegos cerrados de repreguntas, etcétera, con Internet y las nuevas tecnologías de la sociedad de la información.

No hay duda de que la principal innovación de la LEC consistió en el tránsito de un modelo escrito a un modelo oral, particularmente en los trámites propios de la fase de prueba. El cambio favoreció la aproximación del juez al objeto litigioso, al que pasó a poner cara. En ese sentido, la exposición de motivos de la LEC da cuenta del interés, explícito, del legislador en *acercar la justicia al justiciable* como paso sin el cual el proceso civil no se puede acomodar plenamente a las exigencias constitucionales.

Pues bien, si la aprobación de la LEC representó un cambio de paradigma en la concepción del proceso civil en su conjunto, algo similar puede decirse que ocurre —a menor escala— en lo relativo a la prueba pericial: se pasa de un sistema en el que la prueba pericial se había de desarrollar *completamente* dentro del proceso (con peritos designados por el tribunal) a un sistema más abierto, en el que se per-

(*) Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Bilbao).

1 I. Díez-Picazo Giménez: *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, Madrid, 2000, pág. 3.

mite a las partes nombrar con libertad a peritos (que de ahí reciben el nombre de *peritos de parte*). Conviven, por tanto, la prueba pericial *judicial* y la prueba pericial *de parte*.

A este respecto, no es ocioso recordar que el nuevo esquema de prueba pericial de la LEC —al que comúnmente se refiere la doctrina como *dual*— fue fruto de la negociación y transacción parlamentarias. Tanto el Anteproyecto de 1997 como el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes en noviembre de 1998 primaban —aun más— la pericial *de parte*, que se concebía como *la regla*, frente a la pericial *judicial*, que pasaba a ser *la excepción*: sólo se preveía la posibilidad de encargar dictamen a un perito de designación judicial cuando (i) la necesidad de la prueba surgiera de las alegaciones o pretensiones complementarias de las partes hechas en la audiencia previa, (ii) el juez considerara la prueba como útil y pertinente y (iii) ambas partes se mostraran conformes con el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que nombre el tribunal (Cfr. artículo 340.1 del Proyecto). También se admitía la designación judicial de peritos cuando «*por circunstancias personales, económicas o culturales [fuera] de temer que la parte solicitante no [pudiera] encargar por sí misma el dictamen que interese*» (Cfr. artículo 340.2 del Proyecto).

La apuesta de la reforma por la prueba pericial *de parte* —que, como acabamos de ver, fue una apuesta firme e inequívoca, al principio, si bien algo matizada después— se produjo, por lo demás, en un momento crítico de la litigación civil.

A nuestro juicio, las notas definitorias de esta década inicial y crítica de vigencia de la LEC se pueden condensar en dos:

(i) Por un lado, es incuestionable el extraordinario incremento de la litigiosidad. Si tomamos las más recientes series históricas publicadas por el Consejo General del Poder Judicial² podemos constatar que, mientras en 1999 los asuntos civiles que ingresaron en nuestros tribunales eran 930.616, diez años más tarde el número asciende a 2.025.568, lo cual constituye un incremento del 117%.

(ii) Por otro lado, y en consonancia con el desarrollo económico y social, resulta igualmente innegable que los litigios, además de ser más, son cada vez más complejos. No sólo —o no tanto— porque la globalización obliga a los jue-

ces nacionales —y, por extensión, a los demás operadores jurídicos— a aplicar, en un número creciente de ocasiones, normas jurídicas de otros ordenamientos, sino porque la materia litigiosa en sí tiende a complicarse.

En ese contexto, parece evidente que el aumento cuantitativo de litigios puede ser asimilado —y, de hecho, en una parte nada desdeñable así lo ha sido— con el correspondiente incremento de efectivos (más jueces y con mejores medios). Sin embargo, esa receta se revela por sí sola poco eficaz a la hora de dar una solución satisfactoria al componente cualitativo que hemos apuntado en segundo lugar.

Es ahí donde adquiere un renovado protagonismo la prueba pericial (y, particularmente, la prueba pericial *de parte*). El perito está llamado a proporcionar al juez, cada vez más, los conocimientos *científicos, artísticos, técnicos o prácticos* de los que este último carece. Y no sólo al juez, también a las partes y a sus defensas, que necesitan —en el caso del demandante, desde antes incluso de iniciarse el pleito— un asesoramiento técnico especializado que les ayude a conformar la argumentación *fáctica* que debe sostener sus respectivas pretensiones.

La pregunta que inmediatamente surge es la siguiente: ¿es compatible —y, en caso afirmativo, hasta dónde— la labor de asesoramiento a las partes y el deber, que no admite abdicación, de desempeñar el cargo con objetividad e imparcialidad? Y, en términos más generales, ¿cuál es el *papel* del perito *de parte*, que debe compartir escenario con el juez, con otros peritos —que pueden ser de designación judicial— y con los litigantes (el que le designa y el contrario)? ¿Cómo se ha de valorar su dictamen?

El auxilio que el articulado de la LEC nos brinda para contestar a esas cuestiones es limitado. Tampoco la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse con el debido detenimiento sobre aspectos que, ello no obstante, tienen en el foro una actualidad que nadie discute.

En los apartados siguientes vamos a desgranar —acudiendo en la medida en que pueda ser útil al Derecho comparado— algunos de esos problemas.

2 · ¿QUÉ PAPEL SE ATRIBUYE A LOS PERITOS EN EL PROCESO CIVIL?

2.1 · La función procesal de los peritos

El artículo 335 de la LEC es el punto de partida obligado para cualquier aproximación analítica a la

² Disponibles en <http://www.poderjudicial.es>.

cuestión. Dice el precepto en su apartado primero que «cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal».

Comúnmente se dice que cualquier perito (sea de designación judicial o de parte) debe reunir tres rasgos que determinan su aptitud: (i) *alienidad al proceso*, de modo que su intervención en éste no se imbrique de ningún modo en la actuación propia de la parte y sus representantes, (ii) *capacitación técnica*, entendida como posesión de una titulación académica adecuada o, en su caso, de experiencia práctica, en relación con conocimientos especializados de tipo científico, artístico, técnico o práctico, y, por fin, (iii) *aceptación voluntaria del cargo* tras su designación.

Si no se da alguno de los requisitos, el profesional no podrá intervenir en el procedimiento, al menos en la condición de perito. Es cierto que la LEC admite la figura del *testigo-perito*, muy habitual, por cierto, en la práctica forense, pero en ese caso prima claramente la condición de testigo, es decir, de persona que tiene noticia de los hechos controvertidos, según establece el artículo 360 de la ley. Asimismo, el perito es libre de aceptar o no el cargo, en tanto que la participación en el proceso del testigo-perito es imperativa.

Pero, ¿cuál es la función encomendada al perito en el proceso? Como señala ESCALADA LÓPEZ³, en los ordenamientos de corte anglosajón, el perito debe exponer su opinión «directa y oralmente en audiencia, sometido a cross-examination, de modo que quede garantizado el right to confrontation» lo cual —en su opinión— arrima la figura del perito a la del testigo. Por el contrario, en los sistemas jurídicos de *Civil Law* el perito se concibe como un instrumento de prueba y auxilio judicial.

Al margen de la anterior distinción, la mayor parte de los ordenamientos procesales de nuestro entorno —y, sin duda, el nuestro— conceden naturaleza probatoria a la prueba pericial. Se suele citar, como

excepción, el ordenamiento italiano, cuyo *Codice de Procedura Civile* encuadra al perito en la categoría de *auxiliar del juez*.

No profundizaremos —porque sería un ejercicio puramente teórico— en el debate, en buena medida superado, sobre la naturaleza jurídica de la prueba pericial. Nos parece importante, sin embargo, trazar con nitidez la línea que separa el terreno del juez y el terreno del perito. Ese deslinde no está siempre todo lo claro que sería de desear.

Como principio general puede sentarse que ni el perito debe asumir las funciones de enjuiciamiento, propias del juez, ni el juez debe aspirar a asumir el cargo de perito, aplicando directamente al resolver el litigio los conocimientos privados que por su formación o práctica extraprofesional pueda reunir. Detengámonos brevemente en cada uno de los dos casos.

Primera hipótesis: perito que se apropia (consciente o inconscientemente) de las funciones del juez. *Prima facie* podría pensarse que se trata de una conducta extraña, inusual, rara. Sin embargo, es un fenómeno que, especialmente en determinado tipo de litigios, está a la orden del día. Por ejemplo, en pleitos sobre vicios constructivos o de reclamación por negligencia profesional (sea ésta de arquitectos, ingenieros, aparejadores o médicos), es habitual leer en las conclusiones de los dictámenes periciales consideraciones tales como «este perito considera que el arquitecto se separó de las buenas prácticas profesionales, con el resultado de un vicio ruinógeno» o que «el facultativo X obró conforme a las reglas de la buena praxis médica».

Semejantes asertos no son admisibles porque es el juez el que debe determinar, previa valoración de la prueba, si existe o no culpa del profesional. Los peritos deben ilustrar al juez, poniendo de relieve el estado de la ciencia (en definitiva, proporcionándole las máximas de la experiencia de las que carece) y, si es el caso, describiendo los hechos. Lo que el perito no debe hacer es traspasar esa línea y erigirse en una especie de delegado del tribunal con opinión vinculante.

Si la extralimitación funcional del perito que pretende ser juez produce efectos distorsionadores, no menos grave resulta el caso inverso, es decir, el que se da cuando el juez opta por hacer uso del saber especializado y no generalizado que casualmente pueda atesorar. Nos referimos, claro, a los conocimientos que exceden de lo normal en el hombre común; o, dicho de otro modo, los que no son pro-

3 M. L. ESCALADA LÓPEZ: «El Dictamen de Peritos en la LEC. Especial atención a su naturaleza jurídica», *Revista de Derecho Procesal*, 2007, pág. 325.

pios —por exceder— del nivel cultural estándar de los jueces, siendo así que se dan atípicamente en un juzgador, pero no en los demás (que, precisamente por esa carencia, requerirían del auxilio de un perito).

Las razones dogmáticas para excluir esa posibilidad son muchas⁴. Pero a nuestro juicio bastan dos, de orden práctico, para descartar esa opción: (i) en primer lugar, es dable —y en la práctica se da con frecuencia— que el juzgador sea sustituido durante el procedimiento, de modo que el juez que asiste al acto del juicio y dicta la sentencia viene a ser uno distinto al que dirigió la proposición y admisión de prueba en la audiencia previa, con la consecuencia de que la inadmisión de un dictamen por el juez que tiene conocimientos privados suficientes puede determinar que otro juez, que carece de ellos, se vea en la tesitura de tener que resolver sin un apoyo pericial adecuado; y (ii), en segundo lugar, el empleo de su ciencia propia por un juez excluye absolutamente la posibilidad de control jurisdiccional por la vía de recursos.

Así pues, ni el perito debe entrar en la valoración jurídica de los hechos, ni el juez debe arrogarse funciones periciales.

Al hilo de esta consideración es oportuno subrayar, por último, que el peritaje siempre ha de ir referido a hechos, no a cuestiones técnico-jurídicas (a menos, naturalmente, que se trate de acreditar el Derecho extranjero con arreglo a lo previsto en el artículo 281.2 de la LEC o, en su caso, la costumbre). No caben, pues, dictámenes periciales elaborados por juristas.

En relación con esos informes de *juristas de prestigio* (bajo esa presentación se suelen aportar con relativa frecuencia) *era* —y ponemos énfasis en el tiempo verbal, porque, como veremos, dos recientes sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo parecen reabrir un debate que se daba por cerrado— *era*, decimos, práctica asentada admitirlos no como medio o instrumento de prueba, sino como *prolongación* de las alegaciones hechas en el correspondiente escrito por aquél que los adjuntaba.

ASENCIO MELLADO, en un extenso estudio publicado en 2007 —que iba acompañado de una propuesta de reforma de la LEC, precisamente dirigida a dar carta de naturaleza a esos *dictámenes de juristas*— rechazaba la posibilidad de conceptualizar dichos informes como prueba pericial o documental. Asimismo, sugería darles el tratamiento propio del acto alegatorio al que acompañan, de modo que su aportación debía permitirse no sólo en la fase inicial de alegaciones (demanda y contestación), sino también en la audiencia previa o en conclusiones⁵.

Aunque la Sala 2.^a del Tribunal Supremo ha secundado tradicionalmente esa tesis (Cfr. p. ej., auto de 2 de febrero de 2005, JUR 2005/161282), mucho más restrictivo es el parecer de la Sala 1.^a. Así, el fundamento de Derecho 2.^o de su reciente sentencia de 23 de abril de 2009 (RJ 2009/1509) clausura cualquier vía que pueda permitir el acceso a los autos de dictámenes jurídicos, basándose para ello en los siguientes argumentos:

«Procede estudiar conjuntamente los motivos segundo y tercero de este recurso, porque ambos se refieren al mismo tema que se ha desenfocado en la práctica, que no en teoría, en demasiadas ocasiones. El tema es la aportación al proceso de un dictamen de un jurista que en tantas ocasiones es de alto prestigio. Nadie ha puesto nunca en duda que la doctrina científica no es fuente del derecho y no cabe dudar que la prueba recae sobre hechos, no sobre el derecho discutido; un dictamen ni es prueba pericial ni documental. En consecuencia, no es admisible la aportación a los autos de un dictamen jurídico, en ninguna de las instancias. Así lo ha expresado anteriormente esta Sala en la sentencia de 8 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5681) en estos términos: La primera, que no es aceptable la aportación a los autos en ninguna instancia de un dictamen de un profesional jurista, porque ni es prueba pericial ni puede entenderse que es documental, sino que es una opinión vertida por escrito, favorable a los intereses de la parte que lo presenta; si el dictamen no lo fuera a su favor, evidentemente no lo presentaría y si ha contratado varios, aportaría a los autos el que más conviene. La segunda, la doctrina científica no es fuente del Derecho, sino que es un simple medio de conocerlo o profundizar en su estudio; la doctrina trabaja sobre fuentes, pero no lo es en sí misma».

⁴ Un rigurosa exposición sobre los argumentos que sostienen la tesis de que el juez debe abstenerse de aplicar su propia ciencia, cuando ésta excede de lo común, se puede ver en I. FLORES PRADA: *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Valencia, 2005, págs. 167-176.

⁵ J. M. ASENCIO MELLADO: «Los dictámenes elaborados por juristas de prestigio. Su naturaleza jurídica», *Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, n.º 43, 2007, págs. 5-17.

Aunque excede del objeto de este trabajo terciar en esa polémica, no podemos dejar de apuntar que las razones que se aducen en contra de la aportación no nos parecen, en absoluto, convincentes. El que los informes jurídicos sólo se aporten —como dice la Sala— *porque son favorables* a quien los presenta no es argumento; de aceptarlo, se excluiría por esa misma razón la presentación de dictámenes periciales de parte. Se ignora, por lo demás, que en muchas ocasiones (probablemente, las más) tanto los informes jurídicos como los dictámenes periciales se solicitan *antes* del proceso, precisamente, para decidir si se formula o no una reclamación judicial. Por otra parte, es evidente que la doctrina científica no es fuente de Derecho; si lo fuera, el juez tendría obligación de conocerla. Nadie que presenta un dictamen pretende que el juez *lo aplique* como si fuera una norma jurídica; al contrario, trata de ofrecer al juzgador una visión de la aplicación de la norma jurídica al caso y, en buena medida, ayudarle en su cometido, especialmente cuando el pleito encierra una considerable complejidad jurídica. El tribunal, es obvio, puede asumir la tesis que se le expone o separarse de ella con total libertad. Nada nocivo hay en ello para el correcto funcionamiento de la función judicial.

Con todo, se admitan o no esos dictámenes como elongación del cuerpo alegatorio de quien lo aporta, no cabe la menor duda de que no estamos ante una prueba pericial.

2.2 · Valoración de la prueba pericial

La prueba de peritos se valora de manera libre por el tribunal; según establece el artículo 348 de la LEC, «*el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica*». Esta regla —tradicional en nuestro Derecho— significa que el tribunal no se encuentra vinculado por el contenido y sentido del dictamen, pero a su vez supone que, en cuanto medio de prueba, los tribunales no pueden eludir el juicio crítico sobre la pericia.

La valoración de la prueba pericial siempre ha sido una materia compleja: al reconocer en el tribunal la condición de *peritus peritorum*, se le está suponiendo una capacidad para examinar críticamente las opiniones y conclusiones suministradas por los peritos, dándose la paradoja de que el dictamen pericial precisamente se ha incorporado al proceso para aportar unos conocimientos científicos, técnicos o prácticos que son necesarios o convenientes y de los que el juez carece.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el juicio del tribunal no debe ser un juicio técnico-científico, sino un juicio de credibilidad, lo que supone medir tanto la cualificación y objetividad del experto como la verosimilitud de las opiniones contenidas su informe. En otras palabras, lo que debe hacer el juez es apreciar críticamente los dictámenes aportados y extraer sus propias conclusiones.

En el proceso de apreciación de la prueba por el tribunal pueden distinguirse dos operaciones distintas y sucesivas: (i) una primera de apreciación o interpretación y (ii) una segunda de valoración en sentido estricto. La razón de esta diferenciación se halla en que para que el tribunal pueda medir y ponderar la fuerza de convicción de los distintos medios de prueba debe antes comprender correctamente los resultados que ha arrojado su práctica, evaluando además los necesarios requisitos de legalidad y relevancia o relación con el objeto del proceso.

Preceden, pues, a la valoración en sentido estricto del dictamen las operaciones de interpretación y depuración de la prueba practicada. Esta fase comprende, a su vez, diversas operaciones, y en particular (i) el examen de las condiciones personales y profesionales del perito (capacidad jurídica y cualificación profesional), (ii) los requisitos formales que debe cumplir el dictamen (compromiso de imparcialidad y responsabilidad del perito), (iii) los documentos y materiales que deben acompañarlo *ex* artículo 336.2 LEC, (iv) la interpretación de los resultados de la prueba pericial (que puede venir facilitada por las explicaciones dadas por el perito durante la comparecencia en el juicio o vista) y (v) la depuración de la prueba pericial (que supone analizar su adecuación al objeto del proceso y su licitud).

Una vez comprendido e interpretado el contenido del dictamen y excluidos, en su caso, aquellos cuya valoración resulte irrelevante, improcedente o prohibida, el tribunal ya está en condiciones de realizar su valoración, midiendo la credibilidad que le merezca conforme a las reglas de la sana crítica, en el marco de la valoración conjunta de la prueba.

La libertad de valoración de la prueba de peritos comporta, en primer lugar, el carácter no vinculante de los dictámenes periciales. Esto ha sido afirmado reiteradamente por la jurisprudencia. Así, de modo reciente puede citarse la sentencia de 9 de marzo de 2010 (JUR 2010/143480), que recuerda que «*esta Sala tiene declarado (STS de 22 de febrero*

de 2006 —RJ 900—) que el dictamen pericial no acredita irrefutablemente un hecho, sino simplemente el juicio personal o la convicción formada por el perito con arreglo a los antecedentes suministrados, sin vincular a jueces y tribunales, que pueden apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica (SSTS de 16 de octubre de 1980 —RJ 3628— y 10 de febrero de 1994 —RJ 848—)».

Que el tribunal valore libremente la prueba pericial también quiere decir que, en su apreciación del dictamen, se halla limitado por las llamadas *reglas de la sana crítica*. Y ello supone que el juez debe apreciar el dictamen pericial de forma razonada, sometiéndolo a un juicio crítico mediante la aplicación de máximas de lógica y experiencia. Comoquiera que el juez no puede incurrir en arbitrariedad, deberá motivar su decisión cuando resulte contraria al dictamen pericial unánime, cuando se decante por una de las alternativas de las varias que haya o cuando se decida por uno de los dictámenes contradictorios, optando por el que le resulte más convincente y objetivo.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3.ª) de 11 de febrero de 2005 —AC 2005/753— resume la doctrina jurisprudencial sobre la valoración de la prueba pericial incidiendo en que el tribunal debe ponderar (i) los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, (ii) las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten tanto de los dictámenes elaborados por peritos designados por las partes como de los emitidos por peritos designados por el tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes, (iii) el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes y (iv) la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad.

Finalmente cabe recordar que el Tribunal Supremo tiene declarado que la valoración de la prueba pericial no es revisable en casación «a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica» (Sentencia de 22 de julio de 2009 —RJ 2009/532—, que a su vez cita otras anteriores).

3 · LA PRUEBA PERICIAL DE PARTE: PRINCIPALES CUESTIONES QUE SUSCITA

3.1 · El debate sobre la imparcialidad del perito de parte

La lectura del rótulo del epígrafe que abrimos genera impulsivamente la sensación de que estamos ante una *contradictio in terminis*: quien es de parte, por hipótesis, no es ni puede aspirar a ser imparcial. Es posible que esa conclusión tenga algo de cierto. Sin embargo, dejando de lado el juego de palabras, es claro que la LEC adopta la premisa diametralmente opuesta, a saber, que los peritos de parte son tan imparciales como aquellos que acceden al cargo por designación judicial.

Por lo pronto, les exige el mismo juramento o promesa de imparcialidad (Cfr. artículo 335.2 LEC): «*Todo perito [es decir, provenga de donde provenga su nombramiento] deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en que podría incurrir si incumpliere su deber como perito*».

El Código Penal sanciona por igual a los peritos judiciales o de parte que actúen incorrectamente (artículos 422 y 440) y a los dos tipos de perito les brinda idéntica protección, castigando con la misma pena a quien con violencia o intimidación trate de influir en ellos para que modifiquen su actuación procesal (artículo 464.1 del Código Penal).

Pero, frente a esa equidad en el tratamiento legal, está la consideración, extendida, que expone sin rodeos MAGRO SERVET (magistrado y presidente de la Audiencia Provincial de Alicante): «*No debemos olvidar que al fin y al cabo se trata de un dictamen que encarga una de las partes a un profesional y que éste recibe su retribución directa de la parte que lo contrata*», de modo que, según el autor, resulta razonable que el juez se incline por dar mayor crédito al perito judicial⁶.

Una reciente encuesta realizada por la Universidad Rey Juan Carlos, cuya elaboración incluyó entrevistas a más de trescientos jueces y magistrados⁷, pue-

6 V. MAGRO SERVET: «¿Prueba pericial judicial versus prueba pericial de parte?», *La Ley*, 25 de enero de 2007, pág. 3.

7 AA.VV.: *La prueba pericial económica en el ámbito procesal*

de darnos una primera idea *estadística* o *sociológica* de la cuestión. Entre las muchas preguntas que se formularon a los encuestados merecen especial atención dos:

(a) Se pide a los jueces, en primer lugar, su opinión sobre el grado de independencia y objetividad con el que hacen su trabajo los peritos de parte. Los términos literales de la pregunta son: «*¿Considera que el perito de parte actúa generalmente con el grado necesario de independencia y objetividad?*». Un 65% de los encuestados contesta que «casi nunca» o «en pocas ocasiones», mientras que sólo un 35% entiende que «en la mayoría de las ocasiones» o «siempre». Y, en coherencia con ese parecer, el 73% de los jueces reconoce dar sistemáticamente mayor relevancia a las periciales judiciales.

(b) En segundo lugar, se pregunta —ahora no a jueces sino a asesores legales externos y a responsables de asesoría jurídica— si suelen comentar las conclusiones del dictamen pericial con el perito. Se les da a los encuestados la posibilidad de escoger entre tres respuestas. Pues bien, el 58% de los asesores legales externos y el 53% de los responsables de asesoría jurídica manifiestan que «*cuando se trata de un informe pericial de parte, trato de que las conclusiones se adecuen a la estrategia procesal*».

A la luz de esos resultados y en esta inicial aproximación, podemos advertir que un amplio sector de los operadores jurídicos asume que los peritos de parte tienen de hecho —e incluso *deben tener*— alguna participación en la estrategia procesal de la parte que los propone. Nótese que decimos esto como una simple constatación de la realidad, sin atribuirle ninguna carga peyorativa. Más bien todo lo contrario: como hemos señalado más arriba, el legislador que reformó la LEC (sustituyendo el sistema basado en la hegemonía de la pericial judicial por otro *dual*, que colocaba en pie de igualdad la pericial judicial y la pericial de parte) actuó conscientemente [el intenso debate parlamentario sobre la materia da fe de ello] y no es aventurado sostener que estamos donde el legislador quiso que estuviéramos.

Pero ¿es el sistema pericial que tenemos el mejor de entre los posibles o, por el contrario, estamos abo-

cados a que sobre él planee persistentemente la sombra de la sospecha, precisamente, por la parcialidad de los peritos designados por los litigantes?

El debate sobre la prueba pericial de parte fue particularmente intenso en Inglaterra en la década de los noventa; poco antes, por tanto, de acometerse en España la reforma de la LEC.

En efecto, a principios de 1994, el *Lord Chancellor* (ministro que tiene atribuidas competencias relativas al funcionamiento de los tribunales) encomendó a Lord Woolf, por entonces *Master of the Rolls* (presidente de la sección civil de la Corte de Apelación, con atribuciones tanto jurisdiccionales como gubernativas) un informe que sirviera de base para una revisión del sistema de justicia civil en Inglaterra y Gales. La reforma debía atender, esencialmente, a los siguientes objetivos: (i) mejorar el acceso a la Justicia y reducir los costes de los procesos judiciales, (ii) simplificar las normas procesales y promover la modernización tecnológica, y (iii) eliminar duplicidades innecesarias en materia de procedimientos.

Como resultado de su reflexión, Lord Woolf emitió en junio de 1995 un *Informe preliminar sobre el sistema de justicia civil en Inglaterra y Gales*⁸. La memoria constituía un análisis de los retos planteados, así como una base para la futura reforma.

Entre otras observaciones contenidas en el informe, hay una que nos interesa en particular. Según Lord Woolf, el principio de contradicción que rige el Derecho procesal civil inglés había degenerado en una utilización en muchos casos abusiva y torticera de los mecanismos procesales, concretada especialmente en el campo de la proposición de prueba, de lo que se derivaban problemas económicos (incremento desmesurado de los costes) y de organización (dilaciones en la resolución de los litigios). (Cfr. Capítulo 3, párrafo 11).

Y, específicamente, el informe consideraba que los *experts* (peritos) y, por extensión, la prueba pericial, conformaban la parcela más necesitada de reformas (Cfr. Capítulo 23, párrafo 1).

En julio de 1996 se emitió el informe definitivo⁹, donde se insistía en la gravedad del problema que

español, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008, págs. 14, 37 y 38.

⁸ Un ejemplar completo del Informe Preliminar se puede obtener en la dirección electrónica: <http://www.dca.gov.uk/civil/interrim/woolf.htm>.

⁹ Puede consultarse en <http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>.

representaba la utilización excesiva e incontrolada de peritos. Se denunciaba la creación de una *potente industria de cifras millonarias* (Cfr. Capítulo 13), con la consecuencia de que muchos potenciales litigantes dejaban de reclamar por carecer de recursos o, simplemente, por temor a las costas que se podían originar.

Fruto de esos informes y asumidas por el legislador sus conclusiones, el 10 de diciembre de 1998 se aprobaron las *Civil Procedure Rules 1998* («CPR»).

El título 35 de las CPR contiene 15 reglas relativas a peritos y asesores, regidas por un principio general: la prueba pericial quedará reducida a los casos en que sea *estrictamente necesaria* para la resolución del procedimiento. Así, el nombramiento de un perito se subordina a la previa autorización del tribunal; los peritos pueden solicitar instrucciones del tribunal en el ejercicio de sus funciones (título 35[14]), deben preservar su independencia, dando opiniones objetivas, sin asumir el papel de los abogados; cuando una cuestión exceda de sus conocimientos o les sea imposible alcanzar una opinión sobre aquélla, deben manifestarlo de inmediato al tribunal; y tienen la carga de poner en conocimiento de las partes cualquier cambio de opinión posterior a la emisión del dictamen. El tribunal puede suscitar un debate entre los peritos y, asimismo, está facultado, cuando dos o más partes soliciten la intervención de un perito de la misma materia, para nombrar un único experto conjunto¹⁰. En caso de que no exista acuerdo por las partes, el perito será designado por el juez de entre los que figuren en una lista elaborada por los solicitantes o mediante cualquier otro método que estime oportuno.

De lo que acabamos de comentar se sigue una conclusión inequívoca: en Inglaterra la reflexión de Lord Woolf condujo a que de un modelo de prueba pericial de parte se pasara a un modelo de prueba pericial eminentemente judicial, mientras que —como sabemos— en España se recorre el mismo camino, pero en sentido inverso.

La pregunta que cualquiera se hace —y que se une a la que nos planteábamos más arriba— no puede ser otra: si hemos importado un sistema que en su lugar de origen se cambió, ¿no habremos importado también los males que motivaron dicho cambio?

En nuestra percepción, el panorama que diez años después de la entrada en vigor de la LEC se atisba en España nada tiene que ver con el que, referido a la Inglaterra de la década de los noventa, Lord Woolf describió en su informe. Es cierto que han surgido o, en algunos casos, crecido, firmas especializadas en la emisión de dictámenes periciales. También es cierto que algunos profesionales destacados han incrementado notablemente la cartera de clientes (muchas veces, los propios abogados) que les solicitan informe, llegando al punto de ser conocidos en la plaza, justamente, por su condición de peritos habituales.

Pero no puede decirse, ni siquiera incurriendo en exageración, que se haya gestado una industria de la pericia que mueve cifras millonarias y desnaturaliza la administración de la justicia. El que ello sea así se debe, en buena medida, a que junto con la pericial de parte convive la pericial judicial y, sin duda, a que los jueces y tribunales extreman su prudencia al valorar el resultado de las pruebas periciales de parte.

En los dos próximos apartados nos referiremos a sendos problemas muy concretos que sí han proliferado: los pleitos en los que el número de peritos se dispara y las consecuencias económicas que para los litigantes supone la intervención de varios peritos, en el caso de condena en costas.

Anticipamos que se trata de problemas *menores* que, por supuesto, no cuestionan el sistema, lo cual, sin embargo, no impide que sea deseable el definitivo asentamiento en nuestro país de ciertos instrumentos autorregulatorios como *The Code of Practice for Experts* de la asociación EuroExpert¹¹, que contiene normas tan saludables como la prohibición de hacer depender los honorarios del perito del resultado del pleito, la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil o la de extremar el celo en la aceptación de encargos cuando la independencia pueda verse comprometida por conflictos de interés.

Esos instrumentos pueden ser, asimismo, la sede adecuada para reglamentar los principios que deben presidir las relaciones del perito con la parte que le designa y, también, con la contraparte. Es muy habitual en determinado tipo de pleitos que el

¹⁰ Cfr. la sentencia dictada en el asunto *National Justice Company Naviera SA v. Prudential Assurance Co Ltd (Irakian Reefer)* [1993] 2 Lloyd's Rep 68.

¹¹ En el Reino Unido, por ejemplo, el Código fue asumido el 22 de junio de 2005 por las asociaciones profesionales *The Academy of Experts* y *The Expert Witness Institute*. Puede obtenerse en formato digital en <http://www.academy-experts.org/codeofpractice.htm>.

perito precise, para llevar a cabo adecuadamente su función pericial, la colaboración activa de quien en el proceso es contraparte de aquélla que le designó (p. ej., debe acceder a su domicilio para advenir la existencia de defectos constructivos o ha de examinar al demandante para valorar el daño físico o psíquico que padece y por el que reclama).

3.2 · El número de peritos y su posible limitación

No existe en la LEC previsión alguna que permita restringir el número de peritos de parte. Sí que se da esa limitación en el caso de peritos nombrados por el juez: «*El tribunal no designará más que un perito titular por cada cuestión o conjunto de cuestiones que hayan de ser objeto de pericia y que no requieran, por la diversidad de su materia, el parecer de expertos distintos*» (artículo 339.6 de la LEC).

La acotación del número de expertos que emiten dictamen en el proceso es la solución más asentada en los ordenamientos de nuestro entorno. Así, por ejemplo, el artículo 264 del *Code de Procedure Civile* francés establece como norma que la *expertise* debe ser emitida por un único perito, a salvo que el juez entienda *necesario* designar a más. Pero incluso en ese caso, excepcional, de que la pericia corra a cargo de varios peritos, todos ellos deben plasmar su parecer en un solo informe, que —eso sí— podrá poner de manifiesto el desacuerdo entre ellos en relación con algún concreto extremo (artículo 282 del Código Procesal Civil francés).

Hay que reconocer que, con carácter general, el *numerus apertus* que instituye nuestra norma procesal no provoca efectos perturbadores en el desarrollo del procedimiento. Sin embargo, eso no es siempre así. Al contrario, se percibe —señaladamente en pleitos en que la disputa se refiere al derecho de daños— una, en algunas ocasiones desmesurada, acumulación de peritos.

Un caso reciente puede ilustrar lo que acabamos de decir. Se trata de la sentencia (n.º 58/2010) dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Bilbao el 15 de abril de 2010. La cuestión litigiosa —según se desprende del fundamento de derecho primero de la propia resolución, que hace una detallada síntesis de los términos del debate— puede resumirse así: un paciente acude a un hospital para que se le practique una intervención quirúrgica relativamente menor (corrección de un problema de esófago); en el curso de la operación —que se lleva a cabo mediante técnica laparoscópica por un equipo de

tres cirujanos gástricos— surgen ciertas complicaciones (sangrado cada vez mayor) que obligan a intervenir a un segundo equipo de cirujanos (en esta ocasión un torácico y un vascular). Tras varias horas en el quirófano, los cirujanos del segundo equipo logran estabilizar al paciente, si bien como consecuencia de una maniobra (*clampaje* lateral en la aorta), que al parecer era necesaria para detener el sangrado, el paciente sufre una hipoxia de la que son tributarias muy graves secuelas físicas permanentes.

La vertiente sustantiva del asunto carece de interés para lo que ahora nos ocupa. Baste decir que el pleito encaja en el esquema típico de reclamación por negligencia o *mala praxis* profesional médica: el demandante pretende una indemnización por secuelas y los demandados —y sus respectivas compañías aseguradoras— niegan la existencia de culpa, cuestionan la relación de causalidad, y, asimismo, discuten la entidad del daño y su traducción económica.

Si, por el contrario, nos centramos en la configuración procesal y en el desarrollo del procedimiento, la sentencia nos proporciona datos llamativos. Los demandados eran siete, agrupados en cuatro representaciones: (1) primer equipo de cirujanos, (2) segundo equipo de cirujanos, (3) aseguradora «A» y (4) aseguradora «B». Pues bien, cada parte aportó varios dictámenes periciales (alguno de ellos suscrito por varios peritos), a tal punto que sobre una misma cuestión (que, por lo que se ve, se circunscribía a determinar si la causa de las lesiones del paciente fue la intervención del primer equipo de cirujanos o la del segundo equipo) se pronunciaron nada menos que diecinueve peritos médicos, a los que hay que unir una quincena de testigos-peritos, además de los propios demandados —a los que también se les interrogó—. Las sesiones del juicio se prolongaron once días.

Es evidente que si diecinueve peritos, más un número no muy lejano de testigos-peritos, están convocados para proporcionar criterio técnico-científico al juzgador sobre el hecho discutido (la etiología de las secuelas), la eficacia —por no hablar de la eficiencia— de la prueba puede verse seriamente comprometida.

Así ocurrió en el caso que comentamos. El juzgador —después de escuchar a técnicos durante varias jornadas completas y leer voluminosos dictámenes— hubo de rendirse a la constatación de que cada cual defendía la tesis de quien le designó: «*Los peritos discrepan radicalmente sin que haya motivo*

para conceder más credibilidad a unos que a otros, al menos por cualificación (los currículos son impresionantes) y sin que quien suscribe disponga, lógicamente, de conocimientos que le permitan inclinarse decididamente por una u otra tesis».

La sentencia condena al primer equipo de cirujanos. Pero lo hace por aplicación de la doctrina del daño desproporcionado (que lleva aparejada una inversión de la carga de la prueba), reconociendo explícitamente que no ha quedado acreditado en los autos que la actuación de estos profesionales fuera la causa de las lesiones.

No es osado conjeturar que, vista la configuración jurídico-procesal y la prueba cuya práctica se admitió, el resultado difícilmente podía ser otro. Cuando se convierte al juez en espectador de un debate científico —quizá más propio de un congreso de profesionales que de un procedimiento judicial— el riesgo de que aquél termine *desconcertado* es enorme.

Con todo, si alguien no merece reproche, ése es el juez. La ley concede a cada parte la posibilidad, generosa, de aportar los dictámenes que estime necesarios —según su libre criterio— y cualquier decisión de restringir el número de peritos, adoptada en la fase de proposición y admisión de prueba, hubiera carecido de soporte legal.

Afortunadamente, por lo que nos enseña el día a día del foro, los litigios en los que confluyen tantos peritos para hablar sobre la misma cuestión de hecho no son demasiados, si bien, insistimos, la escena que acabamos de describir dista de ser insólita.

En cualquier caso, entendemos que este episódico problema no justificaría por sí solo una reforma legal. Eso sí, de emprenderse tal reforma, acaso convendría explorar las ventajas que ofrece un sistema como el francés, que obliga a los peritos —lógicamente, cuando son más de uno— a confrontar sus pareceres *antes* de emitir su dictamen, de suerte que éste (sea unánime o no) quede plasmado en un único documento. Tratándose de dictámenes periciales de parte, cuya aportación —bajo el régimen de la LEC— se realiza con los respectivos escritos iniciales (demanda y contestación), la solución pasaría por reclamar al conjunto de peritos que, antes de la vista oral y confrontando sus opiniones fuera de sala, trataran de poner en común lo que les une y dejar concisamente apuntado lo que les separa, todo ello en un documento conjunto. Sin duda, ello facilitaría notablemente la

labor del juez en la conducción del pleito, aumentando la probabilidad de que su resolución sea acertada.

3.3 · La posibilidad de repercutir los honorarios del perito de parte al litigante condenado en costas

La doctrina entiende, de forma unánime, que los honorarios de los peritos de parte han de incluirse en la tasación de costas, con el único requisito de que los dictámenes aportados sean útiles y necesarios para la defensa de los intereses del litigante que obtiene la sentencia favorable. Así lo ha expresado, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.^a), en su sentencia de 26 de febrero de 2010 [La Ley 53639/2010]:

«Se ha producido la condena en costas a la parte contraria es lógico concluir que ha de verse obligada ésta al abono de las costas incluidas en la tasación efectuada por el Secretario Judicial en la que, lógicamente, se incluirán los honorarios del perito de parte, gasto útil y necesario para la defensa de los intereses de los beneficiados de la condena en costas, cualquiera que haya sido la forma de pago de los servicios profesionales del perito, [...]».

Conviene precisar que el juicio de *utilidad* y *necesidad* a efectos de incluir los honorarios de un perito en la tasación de costas se realiza *ex post* (es decir, una vez terminado el pleito y evaluada la auténtica incidencia de la prueba en el resultado del mismo) y no *ex ante* (como sucedería si estuviéramos a lo decidido en el momento de proponerse y admitirse la prueba). Quiere ello decir que es posible que el juez admita como prueba el dictamen pericial de un experto, pero que, después, si su informe efectivamente no ha aportado nada de interés, decida excluir sus honorarios de la tasación de costas.

Esa discrecionalidad debería ser prudentemente empleada en aquellos casos en que las partes aportan con sus escritos alegatorios dictámenes superabundantes o innecesarios, particularmente en los procedimientos en que cada parte procesal está constituida por una pluralidad de sujetos que litigan bajo distinta representación y defensa.

En este sentido, se puede observar que los tribunales vienen haciendo uso de dicha facultad en supuestos en que la cuantía de los honorarios es muy elevada en comparación con la cuantía del pleito, así como en los casos en que los peritos pretenden incluir, como partidas separadas, ciertos

gastos de material (Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.^a, de 27 enero de 2010 [Ref. La Ley 24472/2010]).

4. CONCLUSIÓN

Diez años después de instaurarse el sistema *dual* o mixto de prueba pericial, que se basa en la cohabitación del dictamen de peritos de parte y el dictamen de peritos de designación judicial, puede decirse que la reforma ha sido y sigue siendo un instrumento válido para dar una respuesta adecuada a los retos que plantea la sofisticación de las controversias que se dirimen en nuestros tribunales.

Con todo, es deseable la definitiva implantación en España de instrumentos autorregulatorios, más extendidos en otros países, que ayuden a preservar la imparcialidad (y la imagen de imparcialidad) de los peritos designados por los propios litigantes. Asimismo, debe reflexionarse sobre el trastorno que causa el desmesurado número de peritos que se concentra en determinados pleitos —especialmente en los procedimientos de derecho de daños con varios codemandados, cada uno de los cuales se vale de uno o varios expertos—. Por último, es importante, a nuestro juicio, que los tribunales cuiden que la inclusión de los honorarios de peritos de parte en las tasaciones de costas, cuya procedencia está fuera de duda, no origine una carga desproporcionada para el litigante condenado en costas, especialmente cuando intervienen varios peritos.