

La prueba pericial en el ordenamiento Jurídico Español y en la Jurisprudencia
D. José Muñoz Arribas
Socio Fundador de MUÑOZ ARRIBAS ABOGADOS S.L.P.

1.- INTRODUCCION

Con carácter previo y antes de empezar mi exposición, quiero agradecer al colegio la amable invitación que ha tenido, para exponer un tema, que no por antiguo, deja de tener plena actualidad.

La pericial, tanto la de parte como la judicial, cada día se está convirtiendo en el elemento esencial en la resolución de conflictos ante los juzgados de reclamaciones por responsabilidad civil de profesionales.

No solo eso, esta ponencia quiere ir más lejos y mostrar el futuro de la pericial, sobre todo si como parece se acaba aprobando el actual proyecto de la ley de contrato de seguro, convirtiéndose en un elemento esencial en la resolución negociada de conflictos.

Es intención de todos los ponentes no repetirnos. Por eso en esta exposición vamos a citar algunas ideas que serán desarrolladas posteriormente.

2.- INFORME PERICIAL: ¿MEDIO DE PRUEBA DE QUIEN LO ENCARGA O AUXILIO TÉCNICO DEL JUZGADOR?

El art. 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obliga al perito de parte a “decir verdad y que ha actuado con la mayor objetividad posible”

De hecho el código penal, al que el art. 335.2 ya cita, previniendo a los futuros peritos de los que les puede pasar si mienten, (faltan a esa “verdad”), ya introduce una mención a los peritos en sus artículos 459 y 460 (y de paso a los abogados en su artículo 461) dentro del delito de falso testimonio, al imponer penas de hasta dos años, a quien “maliciosamente” falte a la verdad, e incluso, desde un punto de vista teórico, cabe la condena a quien “sin faltar a la verdad, la alterase con reticencias, inexactitudes, o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos”

Es decir, la Ley asusta a los peritos de parte (por supuesto también es aplicable a los judiciales) y les conmina a decir la verdad. Lo equipara pues al judicial, en cuanto a que es un AUXILIO TECNICO DEL JUZGADOR. Lo lamentable es que en el día a día de los Juzgado comprobamos que esa equiparación teórica, no siempre es real, dando los Jueces mas validez a periciales judiciales que calificaríamos, siendo generosos de “poco profesionales” frente a periciales de parte realmente admirables en cuanto a su desarrollo,

Y lo hacen solo por el hecho de que como es pericial de parte, se supone que favorece a la parte. Si es así, ¿Por qué la obligación de decir la verdad y ser objetivos? El problema real, el fondo de este asunto, es que en procesos constructivos: **¿Qué es la verdad?**

3.- LA OBJETIVACIÓN DEL DAÑO.

Todo daño, como principio básico de ser apreciable por los sentidos. No es un tema menor, cuando nos encontramos ante, lo que para un profano, es un daño evidente, para un técnico de ja de serlo. Un ejemplo típico son los malos olores o los ruidos. Lo que de una forma sensorial es el daño, y es irrefutable, no lo es cuando se interpreta y se objetiva en la prueba pericial.

Sin embargo en el día a día de los Juzgados nos encontramos con que a los Jueces, que son quienes interpretan al final el citado daño, no les cabe duda: *in claris non fit interpretatio*: ante la claridad no cabe la interpretación.

Otra cosa es la magnitud del daño. Si una mancha de humedad, en clara y en consecuencia irrefutable, siguiendo el aforismo anterior, no lo es tanto por lo que respecta a su magnitud, alcance o grado de afección.

Y es frecuente encontrarnos con descripciones periciales que califican el daño de generalizado (de hecho es algo habitual en los informes que se acompañan a las demandas) y, una vez realizada la visita de inspección, el perito actuante constata como mínimo su carácter aislado y puntual,

Esta discrepancia en cuanto a la verdadera dimensión, extensión y existencia del daño deriva del entendimiento del Informe Pericial como medio de prueba y defensa de las posiciones del Actor y/o Demandado. Un planteamiento que induce al Perito a magnificar o escatimar la trascendencia del daño, dependiendo de quien sea el encargado del informe. ¿falta a la verdad el perito? Lo haría si no existiera el

daño, pero una vez que existe forma parte de su “interpretación del mismo” como quiera calificarlo.

4. COMPATIBILIDAD DE LA CIENCIA JURÍDICA CON LA PERICIAL. RELACIÓN ENTRE PERITO Y LETRADO

Como ya hemos visto la cuestión principal a la hora de afrontar una pericial es su necesidad de que sea “imparcial y objetiva”

Vaya por delante que este ponente entiende que la única persona que realmente debe ser objetiva en un procedimiento es el Juez. ¿se pide al letrado de parte que sea objetivo? No. ¿Por qué se hace pues con el perito?. Es compatible esto con la necesidad de no faltar a la verdad. Pero es ilusorio, y los propios Jueces así lo parecen entender, que un perito de parte vaya a realizar un informe en el que acuse de forma directa a su cliente de los daños reclamados, sin que busque de alguna forma, al menos atenuarlos.

Forma parte de una ponencia donde se desarrollara este punto pero no podemos dejar de tocar la necesidad de compatibilizar dos lenguajes, que en muchas ocasiones por su propia forma no lo son: el lenguaje jurídico con el técnico.

Mientras que el primero es descriptivo, y consiste en informar sobre el alcance, incidencia y ubicación de la litis el segundo es analítico, compuesta preferentemente de cuestiones técnicas.

Así, un perfecto informe pericial es aquel que cumple con su doble finalidad:

- ▲ Como instrumento documental, tiene por objeto dar a conocer al juzgador el verdadero alcance de los hipotéticos daños objeto de reclamación; y como valoración técnica y económica del alcance y naturaleza del daño constructivo.
- ▲ Como informe jurídico, debe poner en conocimiento del juzgado, con lenguaje comprensible, la realidad de los daños, el tipo de daños y su enclave y calificación jurídica (ruinogenos, de estabilidad, etc) así como la valoración y responsabilidad de los mismos.

Lógicamente, el Perito, siendo un Técnico, es también un lego (o debería serlo) en Cuestiones judiciales; de la misma forma que el juzgador tampoco es experto en cuestiones técnicas

Ello hace que se produzca un dilema ¿cómo explicar al juzgador, incidencias técnicas que éste desconoce, utilizando para ello una terminología judicial, que el Perito no domina?. En este punto es imprescindible la interrelación entre perito y letrado.

En ocasiones este dilema se resuelve erróneamente, dado que el Perito sobrepasa los límites estrictamente técnicos de su cometido, confundiendo análisis técnico con opinión subjetiva.

El Perito Subjetivo, el que se exige por ley se inspira en una interpretación aristotélica del daño -estructurada en inicio, desarrollo y cierre.

Sin embargo el perito Objetivo, aquel que emite “opiniones” acaba disertando sobre valoraciones jurídicas, o enunciando fundamentos de derecho, Debemos decir que en nuestra experiencia en juzgados, una de las cosas que mas suele “importunar” a los Juzgadores son aquellos peritos que “interpretan normativa” sobre todo porque se meten en un terreno vedado precisamente el juzgador, al que nada molesta mas, que el que le sustituyan en sus funciones.

En parte en ocasiones esto ocurre por una mala interpretación de quien debe ser, en nuestra opinión, el estrecho compañero de viaje del perito: el Letrado. Esta relación estrecha entre Perito y Abogado, a veces indisociable, lleva a que el Perito contamine sus planteamientos técnicos con una perspectiva excesivamente judicial.

Por otro lado, ya hemos dicho que mantenemos que sin conculcar el principio de imparcialidad, el perito de parte es precisamente eso **“de parte”**.

Su objeto, dentro del proceso, tiene que conjugar la defensa de las posiciones de quien le encarga el informe con la búsqueda de la verdad, aunque frecuentemente, ambos planteamientos son irreconciliables.

De hecho, con la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, y sobre todo a través de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, se consideraba que a los informes acompañados con la demanda o contestación, , **en cuanto prueba preconstituida extraprocesalmente**, no se les puede atribuir el carácter de prueba pericial, *al no haber sido emitidos (...) con las garantías procesales exigidas para una prueba de esta naturaleza (...), con la consiguiente indefensión para la parte a la que se privó de las expresadas garantías procesales* (STS 1.ª 9.III.1998)

Esto debería haberse resuelto con la promulgación de la nueva LECivil. Como luego veremos esto no ha sido así.

El cometido del Informe Pericial no es suministrar los hechos sino analizarlos con vista a la determinación de las causas que han originado su aparición, complementando de este modo la capacidad de análisis, discernimiento y juicio del juzgador, sin intentar sustituir dicha capacidad.

Si el perito se limitara a describir hechos, como algunos “puristas” sostienen, estaríamos ante una simple prueba testifical, mientras que la formulación de las causas técnicas que podrían haber implicado la producción de aquellos hechos es cometido real del Perito.

5. EN LA PRACTICA DIARIA: CONFLICTO ENTRE EL INFORME DE PARTE Y POSTERIOR INFORME JUDICIAL

Si como ya hemos dicho una de las causas de la modificación del articulado relativo a los peritos en la LECivil es la de darles credibilidad y hacer de los mismos prueba de auxilio técnico al Juzgador, ¿nos encontramos con que esto ocurre en la practica?

Lamentablemente en la práctica no es así , Los órganos judiciales conceden mayor credibilidad al Informe redactado por el Perito de designación judicial que al Informe redactado por el Perito nombrado por las diferentes partes. Sin embargo, y en nuestra opinión derivada de la práctica, las pruebas realizadas por Peritos Judiciales no deberían tener un valor superior al resto de las periciales.

En primer lugar por la propia ley al exigir al perito de parte la búsqueda de la “verdad” y la “objetividad absoluta”. Si la ley exige algo así del perito de parte, debería haber una “igualdad de armas” con el perito judicial.

En muchos procedimientos, la Parte actora, independientemente de haber presentado, en su momento, un Informe de Parte que habría servido de base a la interposición de la Demanda, solicita la intervención de un Perito Judicial. Este planteamiento se traduce en que la prueba pericial aportada entra en una especie de limbo procesal, por cuanto la apreciación y valoración de los hechos realmente controvertidos queda supeditada a la emisión del Informe redactado por el Perito de designación judicial. De hecho parece como si la prueba de parte no fuera mas que una especie de “molestia necesaria” para formular la demanda, a la espera de

la verdadera prueba pericial: la Judicial. Esta circunstancia lleva a que la verdadera práctica de la prueba se reduzca al momento donde el Perito Judicial dictamina sobre el objeto de la litis.

Y no se trata solo de una “sensación”. Algunas sentencias se han atrevido a plasmar por escrito los que muchos profesionales venimos pensando, y de paso han dejado sin sentido alguno el contenido del art. 335.2 de la ley de enjuiciamiento Civil.

Sirva como ejemplo, mal ejemplo, dicho con respeto, y siempre en nuestra opinión, sentencias como la de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª, de fecha 18 de septiembre de 2006, según la cual ***“la credibilidad que merecen los informes emitidos por los peritos judicialmente designados conforme a un método aleatorio debe reputarse muy superior a la de los emitidos por peritos privadamente contratados”***. Es decir, que de igualdad de armas, nada.

Sin embargo, como insistimos la nueva LECivil, al prever el reconocimiento de eficacia pareja de los informes periciales elaborados por peritos designados por las partes a la de los dictámenes emitidos por los peritos de designación judicial, debería acabar con la reiterada doctrina jurisprudencial que negaba virtualidad probatoria a los Informes y Dictámenes Periciales, cuando les privaba de toda eficacia mediante su equiparación a pruebas documentales o testificales.

6. OBJETIVACIÓN DE LAS CAUSAS Y ANÁLISIS DOCUMENTAL. FORMACION DEL PERITO

Como hemos venido indicando la pericial no tiene como objeto la “acreditación de la existencia o no de un hecho” algo que basta probar con una testifical.

El criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo reconoce que la prueba pericial no tiene por objeto acreditar la existencia o no de hechos reales o materiales concretos, porque para la constatación de un hecho concreto, no se exige conocimiento especializado alguno, sino que la prueba pericial tiene como propósito la introducción en el proceso de *conocimientos científicos, artísticos, técnicos y prácticos que ilustren al juzgador sobre el conocimiento especializado de determinadas materias que, por la especificidad de las mismas, el juzgador carece.*

Realmente en la LECivil, en su art Artículo 340 se quiso dejar abierta la puerta a la posibilidad de que cualquiera, siempre que acreditara su formación, pudiera ser autor de una pericial.

Así en el art. 340 de la LECivil en su apartado primero se indica que . *Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste.* A continuación se indica que *Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias.*

Se añade además que *Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello.*

En definitiva se indica que los peritos deben tener la titulación “que corresponda a la materia del dictamen” si bien se establecen estas dos ampliaciones posteriores, que se convierten en un cajón de sastre donde vale todo.

Respecto a la titulación, uno de los problemas que nos encontramos es que para gran parte de las pericias que se refieren a construcción, daños en fabricas, etc, cabe la posibilidad de exigir un gran numero de titulaciones. Así, a modo de ejemplo, sobre los daños en una nave industrial de uso agrícola, parece que lo lógico es que sea un ingeniero agrícola el que haga esa pericial, pero en la practica la hacen arquitectos, aparejadores y sobre todo otras titulaciones de ingeniería varias, máxime tras la modificaciones que se han dado respecto a las titulaciones, visados etc, que no son objeto de esta ponencia.

Es mas, ¿Qué se entiende por academias, instituciones culturales o científicas?. A modo de ejemplo podemos contar como nuestro despacho recientemente comprobó con asombro, que para un Juez de Madrid, a la hora de realizar una pericial sobre una plaza de garaje y si la misma se adaptaba a normativa o por el contrario no se adaptaba, y siendo la principal premisa de contrario la dificultad para aparcar, acepto lo que se le decía por la representación del actor y decidió que el experto pertinente debía ser Un profesor de autoescuela.

Respecto al contenido del informe, el Informe y Dictamen Pericial tiene como fin compatibilizar la ciencia constructiva con la ciencia jurídica. Es decir, transplantar los hechos de carácter constructivo al ámbito procesal.

Sin embargo esta traslación hace que muchas ocasiones se confunda, , la determinación de las causas para la producción del daño con la atribución de responsabilidades; un cometido que no es del perito sino precisamente del juez. El problema estriba en que es el propio Juez en muchas ocasiones, el que acaba exigiendo al perito que en su dictamen “distribuya responsabilidades” ahorrándose el estudio y valoración que solo le cabe a él.

Decir también que la pericial no se ciñe exclusivamente al examen de los lugares en los que se producen los daños objeto de controversia, sino que se extienden a una plural variedad de actuaciones, entre las que se incluye recabar, ordenar, analizar y reconocer documentos de diversa índole.

De este modo, el análisis documental es una diligencia más, y desde luego no menor, que el Perito debe llevar a cabo dentro de la práctica de la prueba pericial.. Mediante un conjunto de documentos, tales como planos, memorias, mediciones y presupuestos de Proyectos Básicos y de Ejecución, Certificaciones, Actas de Obra, Partes Técnicos, Libros de Órdenes y las comunicaciones generadas durante el proceso constructivo, el Perito determina las circunstancias sufridas durante el proceso constructivo que pueden haber contribuido a la aparición del daño presente. El análisis documental culmina con la unión a los autos, mediante su incorporación al Dictamen Pericial, de la documentación examinada.

Esta labor pericial es tan importante o mas que el propio examen de los daños, porque a través de esta función “arqueológica” del perito, podemos hacernos una idea de cómo fue el día a día de la obra y sobre todo de la génesis de las decisiones que en la misma se tomaron por parte de los agentes copartícipes.

La experiencia nos dice que habitualmente el origen de los daños está vinculado a una concatenación de causas y circunstancias, unas subsidiarias de las otras, no enteramente vinculadas en el tiempo ni secuenciales en el espacio.

7. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA POR PARTE DEL PERITO.

Además de la producción de daños de origen preferentemente patogénico, se viene produciendo, con cada vez más intensidad, la formulación de reclamaciones consistentes en la detección de incumplimientos de determinadas disposiciones técnicas recogidas en algunos de los cuerpos normativos (muchos como es bien sabido, en nuestro país) que regulan la práctica técnica.

No se trata pues de situaciones de detección de daños que perjudica el uso de la construcción sino de la detección de insuficiencias respecto a las pautas fijadas por los desarrollos legales de aplicación.

En el caso de la construcción, ya sea civil o industrial, se supone que las edificaciones que cuentan con la preceptiva Licencia de Primera Ocupación otorgada por el respectivo Ayuntamiento cumplen todas las disposiciones técnicas. Dicha Licencia, cabe suponer, adveniría la idoneidad de las soluciones constructivas ejecutadas en cuanto a los preceptos de la norma de la edificación vigente. Sin embargo en la práctica de nuevo comprobamos que no es así.

Este tipo de reclamaciones, cada día mas comunes y realmente mas preocupantes, se basan en supuestos incumplimientos de la normativa de difícil comprobación y contestación, y origina la formulación de Demandas cuyas cuantías son millonarias. No hablamos, que seria otro tema, de las demandas derivadas de la diferencia entre lo presupuestado y lo realmente ejecutado (diferencia de calidades) puesto que las mismas afectan no al técnico sino a quien se enriqueció con esas diferencias.

La interpretación formalista de la norma lleva a que se describan supuestas circunstancias de incumplimiento normativo. Además de no ser tales, en la hipótesis de que lo sean, su existencia en nada impediría la habitabilidad o en su caso el uso industrial de la vivienda, nave o construcción

De hecho esa lectura formalista olvida que algunos desarrollos normativos, en sus planteamientos genéricos, ya prevén la posibilidad de que las administraciones que intervengan en el proceso de concesión de permisos puedan admitir soluciones diferentes a las establecidas en el articulado de los mencionados desarrollos normativos, siempre que aquellas soluciones se encuentren suficientemente justificadas en sus aspectos técnicos. Y mas en un estado como el nuestro donde los desarrollos normativos lo son estatales, autonómicos y locales, superponiéndose en muchas ocasiones y dificultando un cumplimiento exacto y estricto de la norma.

De este modo, ¿cómo entender que, por un lado, una determinada edificación cuente con la Licencia de Obras y de Primera Ocupación -Licencias que convalidarían las soluciones constructivas ejecutadas en cuanto a la aplicabilidad de los desarrollos legales vigente- y, por otro, en la misma edificación, que un determinado Perito de Parte haya detectado la existencia de disposiciones constructivas contrarias a las prescripciones de la normativa de aplicación?

Lamentablemente en la práctica nos encontramos con este problema muy a menudo. Y nos encontramos con que defectos como “incumplimientos de requisitos sonoros” se convierten en una pesadilla para los técnicos, y en general participes en el proceso constructivo que ven como una reclamación de este tipo puede convertirse en una sentencia multimillonaria dado que en muchas ocasiones el cumplimiento de la norma exige eliminar gran parte de lo construido y reconstruir.

Como elemento de una pericial que defendiera este tipo de reclamaciones, entendemos que sería necesario la solicitud a los Técnicos Municipales, o del ámbito de la administración que corresponda, otorgantes de aquellas Licencias de Obra y de Primera Ocupación, la emisión de algún tipo de documento que aclarase y certificase los criterios adoptados para la concesión de aquellas Licencias.

8.- LA FUTURA LEY DE CONTRATO DE SEGURO. LA OFERTA MOTIVADA

Hemos querido hacer una breve mención a una circunstancia que creemos cambiara la realización de periciales.

No podemos obviar que gran parte de las periciales son encargadas en procedimientos en que quien interviene tras el profesional es un seguro.

el Anteproyecto de Ley –APLCS- que pretende actualizar la normativa por la que se rige el contrato de seguro privado prevé que el asegurador deberá presentar una oferta motivada de indemnización en el plazo máximo de los dos meses siguientes a la recepción de la comunicación del siniestro. Igualmente deberá dar una respuesta motivada en los casos en que no esté determinada la responsabilidad, no se haya podido cuantificar el daño o considere que la reclamación del asegurado no puede prosperar.

Después de diversas mejoras a una primera versión de la reforma, el APLCS incorpora ya la equiparación de la reparación o reposición del bien o la prestación del servicio, siendo en la práctica la mecánica de Oferta y Respuesta motivada un procedimiento excepcional, limitado a los siniestros de aquellos riesgos de mayor complejidad técnica que no se puedan liquidar en menos de dos meses como es lo habitual..

Se trata básicamente de expedientes de responsabilidad civil o de riesgos industriales en los que debido a la complejidad de la valoración del siniestro, es imposible que la aseguradora pueda estar en disposición de emitir una oferta motivada, por lo que en ese caso, siempre sería preceptivo emitir una respuesta motivada, sin que se aporte por tanto ninguna mejora respecto a la actualidad.

Por ahora, el APLCS mantiene la necesidad de aportar los informes periciales, lo que daría una ventaja sustancial a quien reclama.

Todas estas variaciones harán que la prueba pericial, si ya era fundamental lo sea aun más, puesto que como se haga en sus inicios dependerá el resultado final de una hipotética desavenencia entre partes, y hace que la relación perito-abogado deba ser en nuestra opinión, aun más fluida.

9.- CONCLUSIONES

Terminamos con lo que entendemos esencial de un informe pericial, y lo que creemos que será la línea que determinara su éxito o su fracaso:

Lo importante de un informe pericial no son las conclusiones, **lo importante son los razonamientos: los argumentos** que ofrece el perito para decir que esto es lo que él dice que es, y que las conclusiones y los razonamientos del informe pericial no lleven al absurdo, no sean contradictorios y no establezcan ni argumentos ni conclusiones ilógicas