

Las Sinergias Perito-Abogado en el proceso necesarias para la adecuada defensa de los intereses de la parte proponente. Criterios esenciales para redactar y defender adecuadamente un informe pericial en sala.

D. Bernardo Ybarra Malo de Molina.

Letrado de MUÑOZ ARRIBAS ABOGADOS S.L.P.

### 1.- INTRODUCCION.

En primer lugar queremos agradecer a los organizadores su amable invitación a estas jornadas, que esperamos sean de utilidad para todos los asistentes dado que el objetivo de esta ponencia es ser lo más prácticos posible.

La ponencia llamada las sinergias perito-abogado pretende explicar cómo obtener el mejor resultado de la prueba pericial para alcanzar su finalidad propia: la mejor defensa del cliente, que en este caso será el Ingeniero Agrónomo.

La intervención del perito (y del abogado) se puede producir en dos posibles escenarios temporales:

- Se interviene antes de que exista una demanda o reclamación judicial.
- La primera intervención se produce con la demanda o inmediatamente antes.

### 1.- SINIESTRO PRE-JUDICIAL

Cuando un perjudicado formula una reclamación pretende, fundamentalmente, que se le **indemnice** en aquella cantidad en que se considere perjudicado o, en su caso, que se le **reparen** los daños causados.

En este punto, las personas reclamadas pueden optar por actuar de diferentes maneras:

- **Mantener una actitud pasiva, obviando la reclamación.** Esta es la peor de las opciones, porque estamos dejando pasar unas oportunidades y ventajas que después, probablemente, ya no tengamos.

- **Tener una intervención proactiva**, intentando conocer el verdadero alcance de la reclamación a fin de dar la mejor solución posible a los intereses de nuestro cliente.

En esta fase prejudicial deberemos intentar aprovechar las siguientes **oportunidades**:

- (i) La oportunidad de **conocer la realidad de las cosas**.

Obvia decir que si no conocemos la realidad de la reclamación el **proceso de toma de decisiones** fallará al faltarnos las **premisas básicas** (causa, responsables, valoración de daños, posibles reparaciones, etc.), lo que, inevitablemente, llevará a un mayor costo del siniestro.

A este respecto debemos tratar de identificar con la mayor precisión posible las **causas** de los daños producidos, quienes son los **posibles responsables**, los **daños** causados, la posible **solución o reparación** de esos daños y su **coste**.

- (ii) La oportunidad de **obtener pruebas** para defender al cliente ya que, posteriormente, es bien posible que no tengamos a nuestra disposición dichas fuentes de prueba.

Esto es esencial, ya que el tiempo siempre juega en contra nuestra: **el estado de las cosas cambiará** con el transcurso del tiempo o la intervención de las personas.

La intervención de las personas es importantísima, pues es habitual que los perjudicados -especialmente ante la pasividad de las personas a las que se reclama- opten por **efectuar la reparación para, después, reclamar su coste**.

Esta situación es extremadamente peligrosa porque el **coste** de esta *reparación-reclamación* puede ser **infinitamente superior** al que debería haber tenido una reparación estricta de los daños.

Como ejemplos muy recientes de procedimientos que actualmente se llevan en el despacho nos encontramos con los siguientes **casos**:

Una **fachada de un centro comercial** cuyo revestimiento tenía problemas con los anclajes de algunas decenas de placas y defectos estéticos (cambios de color, pérdida de película de protección). Las personas responsables mantuvieron una actitud pasiva-ineficiente, lo que tuvo como resultado que se cambiaron las 1.680 placas de que estaba compuesta la fachada con un costo

superior a 1.100.000 Euros.

Un **parking exterior** en el que se colapsaron unos 25 centímetros 2 pilotes de los 323 de los que estaba compuesta la cimentación profunda. Por su parte la cimentación superficial por zapatas no se vio afectada. Los intervinientes en la construcción del parking mantuvieron una actitud pasiva-ineficiente. El resultado fue que la propietaria del parking contrató la demolición íntegra y reconstrucción del parking (con mejoras), con un coste de más de 7.100.000 Euros. Las valoraciones del *coste de reparación real*, hechas a posteriori, iban desde los 400.000 a los 917.000 Euros.

En este tipo de casos los perjuicios que se pueden causar a los reclamados son triples: (a) el costo de la reparación-indemnización se ha podido incrementar sustancialmente; (b) al desaparecer el elemento dañado –que se ha demolido y reconstruido- hemos perdido para siempre un importantísimo elemento de prueba; (c) el haber dejado pasar esta oportunidad de reparar el daño, pese a la reclamación efectuada, limita mucho la defensa tanto desde un punto de vista legal como moral. A posterior es difícil sostener que no se está de acuerdo con la reparación realizada, cuando el reclamado se ha negado a reparar o indemnizar (aún por la vía de la pasividad).

Incluso una actitud pasiva se puede llegar a interpretar como un consentimiento tácito a las actuaciones de reparación efectuadas.

- (iii) La posibilidad de **involucrar a otros posibles responsables**. Es posible que el perjudicado únicamente haya reclamado a alguno de los posibles responsables de los daños causados.

Si intervenimos desde un inicio, tendremos la posibilidad de intentar involucrar a otros posibles intervinientes dado nuestro mejor conocimiento del asunto, además de que es un buen momento para intentar dirigir la reclamación-negociación.

Una vez formulada la demanda, es el actor quien decide a quién demanda y a quién no. En este momento procesal puede resultarnos muy dificultoso o imposible traer al pleito a terceras personas, quienes, incluso, pueden ser los máximos responsables de los daños causados.

- (iv) La posibilidad de llegar a un **acuerdo ventajoso** para todas las partes. Si desde un comienzo tenemos un buen conocimiento de la realidad de los daños y del costo que puede alcanzar al final de un procedimiento, disponemos de una

gran ventaja para intentar negociar el siniestro.

Una negociación, por concepto, implica que ambas partes renuncian a algo, lo que quiere decir que el reclamante, por lo general, no obtendrá el 100% de la valoración de los daños causados (lo contrario resultaría una *victoria* y no una *negociación* –por cierto, esto es un argumento de negociación-).

Por otra parte, una buena gestión de nuestra pericial puede ayudar a bajar sensiblemente la reclamación de los daños reclamados, por lo que por este lado también tenemos la posibilidad de reducir la indemnización.

Además, si involucramos a otras personas el importe a indemnizar se divide entre todos los que participen. Obviamente si participan dos personas, a cada cual le corresponde un 50% de la indemnización –suponiendo participaciones iguales-, y así cuantos más personas participen menor será el coste para cada cual.

**Ejemplos** muy recientes de negociaciones:

Un **aljibe** ejecutado por una Ingeniería y una constructora tuvo daños (pérdidas de agua), cuyo coste de reparación ascendió a la cantidad de 485.000 Euros, cuyo costo se imputaba íntegramente al cliente. En este caso se pudo hacer un informe pericial riguroso valorando las responsabilidades y daños causados. Con base en lo anterior –y sabiendo aprovechar *el momento y la oportunidad*-, la indemnización pagada ascendió a la cantidad de 97.750 Euros (un 20% de la reclamación).

Otro ejemplo en el que se ve las ventajas que tiene el saberse aprovechar del *momento y oportunidad de negociar*. En un **Hotel** se reclaman una indemnización de más de 1.100.000 Euros (daños, pérdidas de superficie, etc.). En el interín del recurso de apelación se negoció un acuerdo en el que intervinieron varias personas. Finalmente nuestro defendido pagó la cantidad de 30.000 Euros (el total de la indemnización fue de 110.000 Euros).

**¿Qué hay que hacer en esta fase previa a la demanda? Pasos a seguir:**

El dictamen del perito –quien poseerá conocimientos y competencia en la materia que sea objeto de su informe-, debe tener un **carácter científico**, lo que quiere decir que se debe basar en *hechos comprobados* por sí mismo y *contrastados* de manera científica.

A este respecto es importante destacar la conveniencia de que, en general, **el perito**

**pertenezca al mismo Colegio Profesional** que la persona a quien se esté reclamando. A este respecto los diferentes Colegios deben disponer de un listado de profesionales acreditados, con suficientes conocimientos y experiencia.

Análisis de la **documentación técnica**: Proyectos, planos, mediciones y presupuestos, pliegos de condiciones, actas de obra, etc.

En su caso resultará procedente hacer cálculos y comprobaciones (estructurales, materiales, rendimientos, etc.).

Análisis de otro tipo de **documentación de carácter contractual o económica**: definiremos el objeto y alcance de las responsabilidades de nuestros defendidos, analizaremos otras cuestiones económicas como facturas, costos, lucros obtenidos, rendimientos, etc.

**Ensayos y catas o calas**. Puede resultar procedente hacer ensayos de materiales, catas o calas (o buscar los ya realizados con carácter previo).

Obviamente este tipo de análisis tienen unos costos añadidos que deberán ser aprobados por el cliente, pero su conveniencia debe ser propuesta por el perito.

En esta línea conviene hacer referencia a la Ley, ya que el **artículo 336.1 LEC** establece que los **dictámenes periciales deberán estar acompañados, en su caso, de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia. Si no fuese posible o conveniente aportar estos materiales e instrumentos, el escrito de dictamen contendrá sobre ellos las indicaciones suficientes. Podrán, asimismo, acompañarse al dictamen los documentos que se estimen adecuados para su más acertada valoración.**

Al hilo de lo anterior hay que tener en cuenta lo siguiente:

- El dictamen pericial, dentro de lo posible, debe ser un *documento autónomo* que contenga todos los documentos y elementos en que base sus conclusiones (planos, ensayos, fotografías, actas, etc.). De este modo se evita hacer referencia a documentos o datos que se encuentren en otros sitios.
- En derecho existe el principio conforme al cual *lo que no esté en los autos no está en el mundo*. De este modo hay que evitar que el dictamen pericial haga referencias a documentos que no se encuentran como anexos al informe y, desde luego, a documentos que no se encuentren en el procedimiento.

Lógicamente, el perito debe **visitar** el lugar del siniestro para poder apreciar por sí mismo cuál es la realidad, hacer fotografías (que se deberán incorporar al informe pericial), hacer pruebas: catas, calas, ensayos de materiales, etc.

Dentro de lo que las circunstancias lo permitan puede resultar conveniente coordinar la visita con el cliente y el abogado.

En esta fase previa (extrajudicial) el resultado de este trabajo debe ser un **informe de carácter objetivo, interno y confidencial**.

En este momento se necesita tener un *conocimiento objetivo* de la realidad de las cosas y, por ello, este tipo de informe debe ser diferente al que se presentaría ante un Juzgado. Precisamente por su carácter objetivo, es necesario que el informe tenga carácter interno y confidencial.

Esta **fase previa** tiene dos grandes **objetivos**: (1) recabar prueba y obtener un conocimiento preciso de la reclamación; (2) alcanzar un acuerdo transaccional, si es posible y conveniente para los intereses del cliente.

Aunque en esta fase el perito tiene un mayor peso específico que el que puede tener el abogado, no nos debemos olvidar que el trabajo del perito y del abogado son, siempre, **medios destinados a un fin**: la mejor defensa del cliente. Para ello es necesario trabajar coordinados y en equipo.

En última instancia, el peso de las negociaciones pesará en mayor grado en el abogado y, lógicamente, la redacción del acuerdo la hará el abogado.

## **2.- SINIESTRO JUDICIAL**

El siniestro judicializado viene marcado de manera esencial por **los plazos**, lo que supone una evidente limitación de tiempo para preparar y redactar el informe pericial.

**El actor**, salvo que pueda caducar o prescribir su acción, dispone del tiempo que considere necesario para interponer su demanda.

Sin embargo, **el demandado** tiene los plazos absolutamente limitados; plazos que, además, son improrrogables:

- La **contestación a la demanda** se debe presentar en un plazo de **20 días**, y a esta contestación se deben acompañar todos los documentos en que se fundamente la defensa e, incluso, el dictamen pericial.
- Ahora bien, el legislador ha entendido que este plazo de 20 días es muy breve y, *siempre que se justifique la imposibilidad de presentar el informe pericial*, se permite **anunciar que se aportará este dictamen** con una **antelación de cinco días** a la celebración de la Audiencia Previa.

No es que sea importante cumplir con estos plazos sino que es absolutamente esencial, ya que la **sanción por presentar extemporáneamente** el informe pericial es su **inadmisión**. Esto tiene o puede tener unas consecuencias gravísimas tanto para el cliente como para el perito y el abogado, ya que:

- El cliente se vería **privado de un elemento esencial para su defensa**, como es el informe pericial. Obvia decir que sobre cuestiones técnicas únicamente están cualificados para opinar los técnicos. De este modo, sin informe pericial se carece de defensa técnica.
- **Responsabilidad profesional del perito y/o abogado**. El hecho de que un informe pericial se presente extemporáneamente puede ser causa de responsabilidad profesional del perito e, incluso, quizá del abogado.

Si bien es cierto que un perito que interviene en un proceso judicial *debe ser* conocedor de los plazos que rigen su actuación, el cliente perjudicado también podría intentar involucrar al abogado por no haber advertido al perito y al cliente sobre esta circunstancia.

Dado lo anterior, **el perito debe ser absolutamente consciente** de que, una vez que acepta emitir un dictamen en un proceso judicial, es de su entera **responsabilidad presentar el dictamen dentro de los plazos legales** (al igual que el abogado

debe contestar la demanda en el plazo de 20 días).

Ahora bien, **la emisión de un dictamen requiere** cierta información, documentación, visitar el lugar u objeto siniestrado, etc., para lo que hay que seguir **una sistemática** lógica:

**Documentación.** El perito debe pedir, y se le debe facilitar, la siguiente documentación (que se cita sin ánimo exhaustivo):

- Documentación procesal: la demanda, la pericial que se adjunte a la demanda, otros documentos de la demanda, periciales aportadas por otros codemandados.
- Documentación técnica: Proyecto, Memoria, Pliego de Condiciones, Mediciones y presupuestos, Libro de Órdenes y actas de obras, licencias, etc.
- Documentación contractual o económica. Contratos suscritos entre las partes, facturas, presupuestos, rendimientos obtenidos previamente, documentos que justifiquen un posible lucro cesante, información mercantil y fiscal (depósito de cuentas, Impuesto de Sociedades, IVA, etc. que acredite la marcha de una empresa), etc.
- Otros dictámenes periciales que, por pertenecer a una especialidad distinta del Ingeniero que emite el dictamen, puedan resultar necesarios o convenientes: informes geotécnicos, cálculos de estructuras, ensayos de laboratorio, dictámenes económicos, etc.

**Reunión con el cliente y el abogado.** El cliente es quien conoce la realidad del caso y quien mejor nos lo puede explicar, facilitando la información y documentación necesaria y, a quien, se le pueden plantear las dudas que tengamos.

Hay que trabajar con el cliente teniendo en cuenta ciertos condicionamientos: (i) por una parte hay que saber distanciarse de su visión parcial y subjetiva del asunto



(por no decir que en algunas ocasiones, el propio cliente no transmite con exactitud la realidad de las cosas); (ii) por otra parte, el perito y el abogado, manteniendo su objetividad, deben saber dar confianza y apoyo al cliente, además de guiarle en el modo que deberá declarar en el Juzgado; (iii) al igual que el perito y el abogado, el cliente tiene que entender que más allá y por encima de los errores en que haya podido incurrir nuestro defendido, estos dos profesionales están para defenderle.

**Visita al lugar del siniestro u objeto dañado.** El perito debe visitar el lugar u objeto de reclamación –de ser posible y conveniente con el cliente y abogado-, para poder ver por sí mismo la realidad de las cosas, tomar fotografías (que se adjuntarán a su informe), y, en su caso, solicitar la práctica de catas, calas, pruebas, etc.

Ahora bien, hay que **gestionar la visita** al lugar del siniestro con la parte contraria, quien normalmente son quienes nos podrán dar acceso. Para ello hay que disponer de los datos de contacto del Letrado de la parte contrario y el **perito** le deberá dirigir una por escrito una **petición formal de acceso o visita** (mail, fax o burofax).

En ocasiones sucede que la parte contraria niega el acceso –expresamente o por la vía de hecho-, lo que nos obliga a solicitar el **auxilio judicial** y para lo que nos resultará de gran utilidad la petición por escrito que se haya realizado previamente, pues así justificaremos nuestra actuación proactiva.

**Emisión del dictamen.** Con todos los anteriores elementos el perito ya podrá redactar su informe pericial, junto con sus anexos, para que se presente al Juzgado (se enviará original y copias al abogado a tal efecto).

Es importante que el perito que emita el dictamen se sujete al **juramento o promesa** que establece el **artículo 336.2 LEC**:

*2. Al emitir el dictamen, todo perito 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*

- 9 -

*susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito*

Esto sitúa al perito en una posición diferente a la del abogado, en tanto que en su pericial debe mantener cierta objetividad –no puede afirmar que el cálculo de una estructura es correcto cuando le consta fehacientemente no lo es-, pero no debe olvidar que su misión es la defensa del cliente. Sin faltar a la verdad puede igualmente defender al Ingeniero a quien represente.

**Ratificación de la pericial y crítica de otros informes.** La última fase del pleito es el juicio, en donde el perito tendrá como función la de: (i) ratificar su informe pericial y aclarar las cuestiones que se le pregunten al respecto; (ii) criticar los informes periciales emitidos por otras partes.

Antes del juicio, debe realizarse una **reunión preparatoria del juicio** en el que debe estar el cliente, el perito y el abogado para, globalmente y en lo que a cada cual corresponda, preparar y enfocar la mejor defensa. Estas reuniones se suelen hacer con inmediatez al juicio, el día anterior o un par de días antes.

**Pericial judicial.** Es muy importante tener en cuenta la posibilidad de que alguna de las partes –el actor u otro- haya solicitado que el Juzgado designe un perito para que emita un dictamen sobre los hechos objeto del pleito.

Este informe pericial es fundamental, ya que los Juzgados y Tribunales tienen una gran tendencia a dejarse guiar por estos informes ya que, a priori, les otorgan una mayor imparcialidad que los informes periciales de parte.

Dado que, para bien o para mal, nos vamos a encontrar con una pericial judicial, desde un punto de vista de estrategia nos puede interesar sumarnos a esta prueba. De este modo: (i) podremos definir el objeto de la pericial y hacer preguntas que nos interesen; (ii) tendremos un canal de comunicación más directo con el propio perito y así explicarle nuestra realidad y facilitarle la documentación e

información que justifique nuestra postura; (iii) nuestro propio dictamen le puede servir de guía al perito judicial (aunque no hayamos solicitado esta prueba).

Lógicamente, en caso de que el dictamen emitido por el perito designado por el Juzgado nos resulte perjudicial, nuestra labor consistirá en restarle valor y credibilidad.

Para terminar apuntamos que un perito de parte puede llegar a tener intervención en otros ámbitos relacionados con el procedimiento principal: a) **notas para transacción**; b) **análisis en ejecución de sentencia**; c) **ejecución de reparación**.

Finalmente les agradece mucho su atención y queda a vuestra disposición para cualquier aclaración.

Zaragoza, 4 octubre 2011.

MUÑOZ ARRIBAS ABOGADOS, S.L.P.  
Bernardo Ybarra Malo de Molina