



UNIVERSIDAD DE BURGOS

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Público

TESIS DOCTORAL

**EL DICTAMEN PERICIAL:
CRITERIOS DE VALORACIÓN Y
SU MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA CIVIL**

Manoel Matos de Araujo Chaves

Burgos, 2012

EL DICTAMEN PERICIAL:
CRITERIOS DE VALORACIÓN Y SU
MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA CIVIL

Manoel Matos de Araujo Chaves

DIRECTOR: Prof. Dr. Julio Pérez Gil

Departamento de Derecho Público

Memoria de tesis presentada en el Programa de Doctorado

Sociedad plural y nuevos retos del Derecho

como requisito para la obtención del título de Doctor.

Burgos

2012

A mis padres, Izabel y Manoel (*in memoriam*)

(...) >>Pongo en un extremo de la mesa, en mi despacho, todos los sacos del demandado, y le atribuyo la suerte de la primera tirada de dados, como vosotros señores. Y está not. l. Fauorabiliores. ff. de reg. iur. et in c. cum sunt eod. tit. lib. VI, que dice *Cun sunt partium iura obscura, reo fauendum est potius quam actori*. Hecho esto, coloco los sacos del demandante, como vosotoros señores, en el otro extremo uisum uisu.

Pues *opposita iuxta se posita magis elucescundi, ut not. in l. I. §. videamos. ff. de bis qui sunt sui vel alie. iur. et in l. munerum. I. mista. ff. de muner. et honor.* Del mismo modo y al mismo tiempo le echo la suerte.

(,,) -Hecho esto –preguntó Fardoncete-, ¿cómo sentencias, amigo mío?

(...) -Como vosotros señores –respondió Bridoca-, dicto sentencia en beneficio de aquel a quien favorece la suerte del dado judicial, tribuniano y pretorial. Así lo ordenan nuestros textos jurídicos, ff. qui po. in pig. l. potior. leg. creditor. C. de consul. l. I. Et de reg. iur. in VI. *Qui prior este tempore, potier est iure.*

RABELAIS

Tercer libro de Pantagruel
(Madrid, 2009, pp. 290- 291)

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11

Capítulo I

EL DICTAMEN PERICIAL Y

LA ACTUACIÓN OBJETIVA DEL PERITO

1	Conceptualización del dictamen pericial.....	15
1.1	Forma.....	15
1.2	Contenido.....	20
1.3	Definición.....	22
1.4	Naturaleza jurídica.....	24
1.5	Características.....	30
2	La objetividad del perito.....	33
2.1	Aproximación al tema.....	33
2.2	Presunción de objetividad.....	35
3	Competencia profesional del perito.....	37
3.1	Formación oficial o práctica.....	37
3.2	Competencia.....	39
3.3	Evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo.....	40
3.4	Nuevas directrices jurisprudenciales.....	44
4	Modalidad de designación del perito.....	48
4.1	Contexto normativo del paradigma.....	48
4.2	El tema en la actualidad.....	48
4.3	Nuevas líneas doctrinales.....	53
5	Formulación de tacha al perito y valoración del dictamen.....	58
5.1	Circunstancias legales.....	58
5.2	Circunstancia de tacha y credibilidad del dictamen.....	60
6	Rechazo de la recusación del perito de designación judicial.....	64
7	Objetividad de la actuación del perito y sentencia.....	65

Capítulo II

METODOLOGÍA APLICADA AL DICTAMEN PERICIAL

1	Metodología y valoración del dictamen.....	69
2	Datos en que se basa el dictamen.....	75
2.1	Hechos probados y orden de valoración de las pruebas.....	76

2.2	Relevancia de los datos obrantes en autos.....	78
3	Método aplicado.....	84
3.1	Relevancia de los medios técnicos.....	85
3.2	Circunstancias del método.....	88
4	Intervención de las partes en las actividades periciales de reconocimiento..	94
4.1	Características de la intervención.....	94
4.2	Alcance de la norma.....	95
4.3	Actuación pericial de reconocimiento y valoración del dictamen.....	96
5	Valoración del dictamen pericial científico.....	99
5.1	Consenso de la comunidad científica.....	104
5.2	Publicación en revista sometida al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión.....	110
5.3	La teoría: su control y posible falsabilidad.....	117
5.4	Porcentaje de error conocido o potencial del método.....	122
5.5	Cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica aplicada.....	133

Capítulo III

RAZONAMIENTOS Y CONCLUSIONES

DEL DICTAMEN PERICIAL

1	Razonamientos y valoración.....	143
2	Razonamientos escritos.....	148
2.1	Coherencia interna lógica y correlación con el conjunto probatorio....	148
2.2	Coherencia interna lógica y contradicción con el conjunto probatorio.	150
2.3	Contradicción con otros razonamientos contenidos en el propio dictamen.....	151
3	Razonamientos orales.....	152
3.1	Ratificación del dictamen por el perito de designación judicial.....	154
3.2	Actuación de los peritos en el juicio o en la vista.....	157
3.3	Careo de peritos.....	174
3.4	Rectificación del dictamen.....	175
4	El dictamen: vinculación, limitaciones al juez en su valoración.....	176
4.1	La no vinculación de la decisión judicial al dictamen pericial.....	176
4.2	Limitaciones a la libertad judicial en la valoración del dictamen.....	180
5	Relevancia de las conclusiones del dictamen.....	186
5.1	Concurrencia de dictámenes.....	189
5.2	Colisión del dictamen con otros medios de prueba.....	200

Capítulo IV

EL DICTAMEN PERICIAL

Y SU MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA

1	Introducción.....	219
1.1	La constitucionalidad de la motivación y publicidad.....	219
1.2	Motivación en la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	224

1.3	Algunos supuestos de no motivación en la valoración del dictamen pericial.....	228
2	Forma y contenido de la motivación.....	240
2.1	Orden de motivación de las pruebas.....	240
2.2	Algunos aspectos legislativos y doctrinarios sobre la motivación de las pruebas.....	243
2.3	Motivación conjunta de la prueba.....	245
2.4	Motivación analítica de las pruebas.....	249
3	Praxis judicial sobre la motivación del dictamen pericial.....	251

Capítulo V

UNA PROPUESTA DE MOTIVACIÓN

DEL DICTAMEN PERICIAL EN TRES FASES

1	Introducción.....	259
2	Primera fase: objetividad del dictamen.....	264
2.1	El nombre del perito.....	264
2.2	La formación académica o práctica.....	267
2.3	La modalidad de designación del perito.....	268
2.4	La formulación de tacha o recusación del perito.....	269
3	Segunda fase: La metodología aplicada por el perito.....	270
3.1	Metodología aplicada por el perito.....	270
3.2	Motivación del dictamen técnico-científico.....	272
4	Tercera fase: los razonamientos y conclusiones del dictamen y su confrontación con otros medios de prueba.....	273
4.1	Los razonamientos del dictamen.....	273
4.2	Las conclusiones del dictamen en la motivación de la sentencia.....	274
4.3	La confrontación de las conclusiones con los otros medios de prueba.....	276
5	Dos ejemplos de aplicación de la motivación del dictamen en tres fases...	277
5.1	Breve introducción.....	277
5.2	Primero ejemplo: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid 977/2010 de 5 de julio, Sección 46, Rec: 1273/2008.....	278
5.3	Segundo ejemplo: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona de 11 de julio 2007, Sección 13, Rec: 467/2006.....	289
	CONCLUSIONES.....	305
	BIBLIOGRAFÍA.....	313

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
CE	Constitución Española
Cendoj	Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
FD	Fundamento de Derecho
Id	Índice documental
LEC	Ley Enjuiciamiento Civil de 2000
LEC 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil 1881
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Rec.	Recurso
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Secc.	Sección
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Westlaw	Servicio Jurídico en línea de Editorial Aranzadi

INTRODUCCIÓN

Afortunadamente para la sociedad y por desgracia desde el punto de vista de la carga de trabajo del juez, está vedado el uso de la técnica de la suerte y la tirada de los dados para la valoración de las pruebas y resolución de las demandas, como hacía el juez Bridoca¹. Y de nada serviría para justificar esta práctica argumentar que se usan los dados grandes para los juicios más frecuentes y los dados pequeños para los casos más difíciles. Tampoco la demostración de culteranismo mediante la repetición de citas latinas o de la jurisprudencia puede servir para intentar justificar la validez de un fundamento jurídico inexistente.

El actual estadio de desarrollo del Estado de Derecho exige celeridad en la función jurisdiccional y requiere también cada vez más que el juez legitime constitucionalmente el ejercicio de su función mediante la concreta motivación de sus decisiones. Dicha manifestación puede ser fruto de una reacción social a un poder que históricamente se ha mantenido alejado de las presiones sociales que suelen recaer sobre los miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. En el caso de los jueces y magistrados, la presión social en cuanto a la legitimación del ejercicio jurisdiccional tiende a incrementarse por el hecho de que no están sometidos al sistema electoral representativo.

En este escenario dejemos el juego de dados para los niños pero necesariamente no hemos salido del mundo lúdico, ya que podemos comparar la valoración de las pruebas y la reconstrucción de los hechos a un *juego de rompecabezas*, en que el raciocinio es mucho más importante que la agilidad y la fuerza. A diferencia del juguete con el que suele jugar una persona, la figura a componerse está previamente determinada y al final no sobran ni faltan piezas, el *rompecabezas procesal* tiene varios jugadores y cada uno de ellos elige previamente las piezas y monta la versión de la imagen que pretende

¹ Personaje de RABELAIS, F., *Tercer libro de Pantagruel* (traducción de Alicia Yllera), Madrid, 2009.

formar. Al juez cabe ajustar la versión final de la figura mediante las diversas piezas presentadas por las partes de modo de reconstruir los hechos controvertidos y aplicar la norma que le corresponda. Pero no basta al juzgador componer de cualquier modo la imagen que represente la reconstrucción de los hechos -si fuese necesario con el uso del martillo judicial-, sino que debe *justificar* en la sentencia por qué ha utilizado una u otras piezas y dejado de lado a otras que también podrían adecuarse al espacio vacío existente.

El progreso científico-tecnológico ocurrido en las últimas décadas hace que la prueba pericial adquiera contornos cada vez más determinantes en la reconstrucción de los hechos. Con ello la prueba más importante en la actualidad tal vez ya no sea la producida oralmente en la vista o juicio y sí el conocimiento científico o técnico aportado por el perito.

Los dictámenes periciales suelen utilizar diversas piezas *del rompecabezas procesal* o bien ocultar aquellas que puedan ser desfavorables a los intereses de una de las partes; al juez compete la ardua tarea de identificar las piezas correspondientes de acuerdo con las reglas del juego, apuntando incluso las piezas eventualmente omitidas o añadidas por una o ambas las partes. Para ello, el juez necesita analizar individualmente cada dictamen pericial de manera pormenorizada para poder concluir en el sentido de su admisión o rechazo. Por consiguiente, la adecuada motivación del informe en la sentencia también asume protagonismo para la demostración del acierto de la resolución judicial.

Es en este contexto en que se procede al presente estudio que tiene como título: *el dictamen pericial: criterios de valoración judicial y su motivación en la sentencia civil*.

El estudio está dividido en cinco capítulos. Los tres primeros se dedican al estudio de los criterios de valoración del dictamen pericial establecidos básicamente a partir de la doctrina jurisprudencial española. En el cuarto se analiza la motivación de la prueba pericial en la sentencia y en el quinto capítulo proponemos un modelo para la motivación del dictamen.

Constituye, por lo tanto, objeto de estudio del Capítulo Primero *la conceptualización del dictamen pericial y la actuación objetiva del perito* que incluye el estudio de la forma, contenido, definición, naturaleza jurídica y características del dictamen de perito y los criterios de valoración de las cuestiones relativas a la objetividad de la actuación del

perito. Se analiza la importancia para la valoración judicial de la competencia profesional y formación académica del perito y de su modalidad de designación. Asimismo se relacionan las consecuencias para la valoración del informe la formulación de tacha al perito designado por la parte o de la recusación del perito de designación judicial.

En el Capítulo Segundo se procede a la investigación del criterio de valoración relacionado a *la metodología aplicada al dictamen*. Nuestro análisis afronta principalmente la forma y contenido del dictamen, los datos en que se basa el dictamen, el método aplicado para su elaboración y la intervención de las partes en las operaciones periciales. Asimismo se estudia *los paradigmas de valoración del dictamen pericial científico* para lo cual establecemos el siguiente orden: el consenso de la comunidad científica, la publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o de la técnica en cuestión, el control y falsabilidad de la teoría científica, el porcentaje de error conocido o potencial del método y por último el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica aplicada.

La valoración de la prueba pericial bajo el enfoque de *los razonamientos y conclusiones del dictamen pericial* es abordada en el Capítulo Tercero. Aquí se delimitan los criterios de valoración de los razonamientos escritos del informe pericial, su coherencia lógica y sus eventuales contradicciones internas y externas. También se analizan los razonamientos orales de los peritos en sus actuaciones en el juicio o la vista, sus explicaciones, respuestas a preguntas, ampliaciones y críticas por el perito de la parte contraria. Se estudia la no vinculación del juez al dictamen y, como instrumento de equilibrio, las limitaciones al juzgador en la valoración del informe. Con relación a las conclusiones del dictamen son objeto de investigación los supuestos de concurrencia de informes contradictorios y de colisión de las conclusiones del dictamen con otros medios de prueba.

En el Capítulo Cuarto se trata de relacionar *los criterios de valoración judicial del dictamen y la motivación de la sentencia*. Para ello, se analizan los aspectos constitucionales y legales de la motivación de la sentencia en cuanto a la valoración de la prueba pericial y la forma y contenido que presenta el análisis del dictamen en la sentencia.

Por último, en el Capítulo Quinto elaboramos *una propuesta de motivación del dictamen pericial en tres fases* como una alternativa de solución a la problemática

verificada con relación al tema. Se plantea la posibilidad de un sistema que en tres fases distintas examine prácticamente todos los elementos integrantes del dictamen, con relación respectivamente a la actuación objetiva del perito, metodología aplicada, razonamientos y conclusiones. Con la intención de ejemplificar nuestra propuesta, se procede a aplicarla a dos sentencias analizadas en el presente trabajo.

Los estudios finalizan con una serie de *conclusiones* que pretenden resumir la investigación y presentar al lector las principales ideas que hemos desarrollado.

Capítulo I

EL DICTAMEN PERICIAL Y LA ACTUACIÓN OBJETIVA DEL PERITO

1 CONCEPTUALIZACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL

1.1 Forma

La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece la actividad probatoria realizada por perito bajo la denominación “*Del dictamen de perito*” en la Sección V, del Capítulo VI, titulado *de los medios de prueba y las presunciones*, del Libro II, que trata *de los procesos declarativos*. La referida Sección V, a pesar de su restrictiva denominación - *del dictamen de peritos-*, reglamenta todas las actividades que integran la prueba pericial, desde el objeto y finalidad del dictamen, el juramento o promesa del perito de actuar con objetividad hasta la posible actuación de los peritos en el juicio o en la vista y la valoración del dictamen.

Al adoptar la expresión *del dictamen de perito* para las actividades relacionadas con la prueba pericial, el legislador parece haber optado por la uniformización terminológica para un medio de prueba que venía recibiendo distintas denominaciones legales en el ordenamiento procesal civil anterior² y que se centraba más en la persona del perito que en el informe por él presentado³.

Con respecto a la *forma*, la referida opción terminológica supera la posibilidad de presentación del dictamen de forma oral, de acuerdo a lo que establecía el artículo 627

² Según FLORES PRADA “no sólo se logra uniformidad terminológica para un medio de prueba que venía recibiendo distintas denominaciones legales como también se pone de acento en el dictamen como elemento que más correctamente identifica al medio de prueba, distinguiéndolo así del perito y de sus conocimientos especializados que, en rigor, constituyen la fuente de prueba en la pericia”. FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Valencia, 2005, p. 194.

³ FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, 2000, p. 28.

de la Ley de Enjuiciamiento Judicial de 1881 (LEC 1881)⁴. Actualmente los dictámenes periciales deben ser presentados por escrito, de acuerdo a los artículos 265.1.4º y 336 LEC, para el dictamen a instancia de parte, y el artículo 346 LEC, para el dictamen de designación judicial. “Todo dictamen pericial debe incorporarse en autos por escrito y con orden y precisión; <<presentando>> a la persona del perito (sus títulos y sus conocimientos); concretando el objeto de la pericia; las fuentes y metodología utilizadas; y realizándose una exposición ordenada de razonamientos justificados que resulten comprensible”⁵.

La obligatoriedad de que el dictamen sea presentado por escrito puede representar un intento de conferir mayor peso valorativo al resultado objetivo de la prueba -materializada en el informe escrito-, frente a la autoridad profesional del perito⁶. Es también una propuesta de ruptura con el modelo anterior, que apuntaba casi siempre a la prevalencia del dictamen emitido por el perito de designación judicial, por cuanto el juez depositaba una mayor credibilidad en la persona del perito más que en el informe oral presentado por éste.

Se busca así centrar la valoración de la actividad probatoria en el contenido del dictamen, “tanto si es un dictamen elaborado fuera del proceso por perito designado por una de las partes como si es un dictamen emitido por perito designado por el tribunal”⁷. El concepto que el juez tenga sobre la autoridad personal o profesional del perito no puede determinar cómo se llevará a cabo la valoración de la prueba pericial. La LEC

⁴ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ sostenía que la forma del dictamen en la LEC 1881 podía ser oral o escrita “dependiendo de la importancia que revista el asunto”. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Elcano (Navarra), 1999, p. 220.

⁵ JURADO BELTRÁN asevera también que “el dictamen debe finalizar con unas conclusiones claras y sucintas, y todo ello sin olvidar la posibilidad legal de entrar también en la crítica de otros dictámenes que obren en los autos”. JURADO BELTRÁN, D., *La prueba pericial civil: análisis práctico del procedimiento probatorio pericial*, Barcelona, 2010, p. 67.

⁶ ESCALADA LÓPEZ nos enseña “la idea de perito remite a un elemento subjetivo, de modo que es un tercero ajeno al proceso que goza de cualificación en cuanto poseedor, bien por título acreditativo, o por su experiencia práctica, de una serie de conocimientos no comunes y no jurídicos, sino singulares, especializados, científicos, artísticos, técnicos o prácticos, y que emite dictamen para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o para adquirir certeza sobre ellos (art. 335.1 LEC) contribuyendo, así, a formar la convicción del juzgador”. ESCALADA LÓPEZ, M. L., “El dictamen de peritos en la LEC: aspectos generales: especial atención a su naturaleza jurídica”, *Revista de Derecho Procesal*, n. 1, 2007, p. 309.

⁷ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 194.

“está partiendo de que el sistema de peritos de parte es el normal, mientras que el perito judicial es extraordinario, sin perjuicio de que la actividad probatoria consiste en los dos casos en la presentación de un dictamen o informe por escrito y en la posible (en nuestra opinión necesaria si lo pide una parte o el juez) explicación oral del mismo”⁸.

La forma escrita del informe pericial merece dos consideraciones más. Primero, el dictamen o informe pericial escrito es el medio *normal* de intervención del perito en el proceso judicial, toda vez que el ordenamiento español sólo admite su actuación oral en la vista o juicio para la exposición completa, explicación, respuestas a preguntas, ampliación o críticas por el perito de la parte contraria con relación al dictamen que haya sido emitido (artículo 347 LEC). Es decir, no está prevista la emisión de dictamen pericial de forma oral y autónoma en el proceso judicial, ni es posible la actuación del perito en la vista o juicio sin previa emisión de dictamen escrito. Tratándose de prueba pericial, sólo el perito que haya emitido dictamen escrito podrá actuar en la vista o juicio para los fines previstos en el referido precepto legal.

Segundo, no hay que confundir la figura del *perito* que, a través del dictamen aporta al proceso premisas mayores fácticas o máximas de experiencia especializadas, con el testigo que “únicamente proporciona premisas menores, esto es, hechos históricos concretos, aunque para declarar sobre ellos tenga que subsumirlo en premisas mayores (las del lenguaje, etc.)”⁹. En el caso de que el *testigo* de un hecho histórico también posea conocimientos especializados sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal puede admitir las manifestaciones de esta naturaleza que agregue el testigo a sus respuestas (artículo 370.4 LEC). Así, el ordenamiento procesal admite la figura del *testigo-perito*, pero este tampoco se confunde con el *perito*. Mientras el *perito* es fuente de prueba en virtud únicamente de los conocimientos especializados que pueda aportar a los conocimientos del juez, el *testigo-perito* es fuente de prueba eminentemente en virtud de su relación personal con los hechos controvertidos del proceso, siéndole permitido excepcionalmente añadir a sus manifestaciones sus conocimientos especializados sobre la materia. Esta posibilidad toma en consideración que una persona no puede desvincularse de sus conocimientos en el momento de narrar un hecho. Como contrapartida a los supuestos abusos en la

⁸ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2007, pp. 385-386.

⁹ ESCALADA LÓPEZ, M. L., “El dictamen de peritos...”, cit., p. 312.

utilización del *testigo-perito* como vía transversal en la práctica de la prueba pericial, el legislador da a la parte la posibilidad de hacer saber al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha relacionadas en el artículo 343 LEC.

A pesar del esfuerzo legislativo, todavía se observan dos tendencias en la doctrina con relación a la nomenclatura *del dictamen de perito* adoptado por la LEC. Por un lado, se nota una cierta resistencia con relación a su aceptación como forma de designación de la actividad pericial, prefiriéndose “la denominación <<prueba pericial>> no sólo por ser la denominación tradicional que recibía este medio de prueba, sino también por resultar ampliamente comprensiva las distintas operaciones, procedimientos, trámites y comparecencias que integran la intervención procesal de los peritos en la nueva LEC”¹⁰. Por otro lado, se observa que la forma de designación del perito sigue ocupando un lugar destacado entre los criterios jurisprudenciales de valoración del dictamen, especialmente en los supuestos de conclusiones contradictorias entre el informe del perito designado a instancia de parte del dictamen emitido y el perito de designación judicial.

De ahí, nos preguntamos entonces si cabría concluir en el sentido de un cierto fracaso legislativo con relación a la terminología “*dictamen de peritos*” en lugar de utilizarse, por ejemplo, el término de “*prueba pericial*”.

Estimamos que la respuesta a la cuestión planteada sea negativa. Y es que el cambio en la nomenclatura realizado por la LEC se justifica por la propia insistencia de la doctrina en mantener otras expresiones similares. Además, no se trata de un sencillo cambio de denominación, sino que representa más ya que corresponde a una adecuación legislativa con las reglas de la carga de la prueba en el proceso civil. Lo que se tiene en cuenta es que serán las partes las que directamente nombren a los peritos, cabiendo que el juez, en carácter subsidiario, pueda también designarlos a petición de las partes¹¹. Este cambio en la denominación implica entonces un cambio sustancial en la concepción de este medio de prueba, tanto en relación a la iniciativa de aportación de la prueba pericial

¹⁰ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 195.

¹¹ Conforme ESPARZA LEIBAR, “la mayor novedad que incorpora la LEC de 2000, en relación con el procedimiento regulador de la tramitación de la prueba pericial, es la doble posibilidad de incorporación, con plenos efectos probatorios en ambos casos, de dicho medio probatorio al proceso”. ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2000, p. 49.

como también en lo que refiere a su valoración judicial, sin que se pueda establecer una discriminación valorativa únicamente a partir de la forma de designación del perito, a instancia de parte o de designación judicial. Consideramos que las dificultades en la comprensión de esta nueva concepción del dictamen pericial o los supuestos jurisprudenciales que les puedan ser contrarios no pueden servir de justificativo para su no aceptación, sino que refuerzan la necesidad del cambio efectuado.

Se podría también cuestionar respecto a la adecuación de la expresión *valoración del dictamen pericial* que da título al artículo 348 LEC, teniendo en cuenta que la valoración de la prueba pericial es un todo y no únicamente se valora el informe escrito. Consideramos que el legislador también actuó acertadamente en la denominación empleada. Desde el punto de vista de un concepto amplio adoptado por la LEC, el *dictamen pericial* corresponde a todas las actuaciones relacionadas con la actividad probatoria, motivo por el cual no existiría inadecuación o incorrección a la hora de referirnos *valoración del dictamen pericial*. Y más aún, con relación al concepto más restringido del dictamen pericial, hay que considerar que el tribunal realiza la valoración integral de la prueba pericial a partir del documento-base de valoración, que es el informe del perito. Son los diversos elementos que integran el dictamen escrito que servirán de referencia para el análisis de las operaciones periciales, sus razonamientos y conclusiones, así como para confrontarlo con las actuaciones orales de los peritos y otras pruebas practicadas.

El dictamen de perito formalizado en el documento escrito consolida toda la actuación del profesional experto respecto al hecho a ser aclarado, estabiliza sus conclusiones y sirve de *documento-base* para la valoración judicial de la prueba pericial. Y aunque el artículo 348 LEC refiera que “el tribunal valorará *los dictámenes periciales* según las reglas de la sana crítica”, la valoración y motivación del dictamen pericial no se limitan a los términos que se hacen constar en el documento emitido por el perito. Los criterios de valoración elaborados por la doctrina alcanzan prácticamente a todas las fases de la prueba pericial, desde la forma de designación del perito hasta las operaciones periciales anteriores a la emisión del dictamen, como son las actividades periciales de reconocimiento de objeto o persona. Asimismo, dichos criterios también consideran las operaciones periciales contemporáneas a la emisión del dictamen, como son los métodos empleados y los datos utilizados por los peritos. Igualmente se consideran en la valoración las actuaciones periciales posteriores a la emisión del informe, como son las

actuaciones de los peritos en la vista o juicio y la confrontación del dictamen con otras pruebas. En definitiva, la valoración del dictamen pericial no se reduce al análisis de su contenido, es más amplio que ello y refieren a los elementos anteriores, contemporáneos o posteriores a su emisión.

1.2 Contenido

A diferencia de lo que sucede con la forma, la LEC no establece el contenido del dictamen pericial, ya que se trata de una atribución que afecta eminentemente al profesional perito. No obstante, la doctrina suele referirse a los requisitos previstos en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), que establece que el informe pericial comprenderá, si fuere posible: la descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, el estado o el modo en que se halle; la relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado; las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos, conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte¹². En ese mismo sentido, FONT SERRA sostenía que el contenido del dictamen emitido por el perito de designación judicial “deberá comprender la descripción de lo que haya sido objeto del dictamen, la relación de operaciones periciales llevadas a cabo, el resultado de las mismas y, por último, las conclusiones que se formulen, las cuales no deberán ser categóricas, dado que la realidad objeto de dictamen pericial no siempre es susceptible de ser reducida a esquemas rígidos”¹³.

La LEC sí que establece en su artículo 336.2 la posibilidad de que los dictámenes puedan ser acompañados 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”. La previsión legal en cuanto a la adjunción de documentos, instrumentos o materiales al informe se dirige en el sentido de una posible actuación oral del perito en la vista o en el juicio y, en el caso de los documentos, propiciar su más

¹² ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, Barcelona, 2009, p. 113.

¹³ FONT SERRA, E., *El dictamen de...*, cit., p. 117.

acertada valoración judicial. En última instancia, todo ello tiene como objetivo ofrecer al tribunal mejores condiciones para su valoración. Por ello se valorará positivamente la previsión contenida en el art. 336.2 en la medida en que cuando el perito que ha emitido el dictamen pericial tenga que declarar en el acto del juicio o vista si es llamado a tal efecto podrá exhibir los documentos, instrumentos o materiales adecuados que le han servido para emitir el informe pericial con la finalidad de transmitir con mayor razón de ciencia el contenido de su dictamen¹⁴. Pero el precepto citado no se limita a ello, pues alcanza también los supuestos en que no haya actuación oral del experto, ya que permite que sean añadidos documentos destinados directamente a la más acertada valoración judicial.

No deja de ser necesario destacar la necesidad de que el dictamen contenga una minuciosa descripción en cuanto al procedimiento seguido para la apreciación y análisis del cuerpo u objeto material de la pericia. La exposición de las conclusiones y resultados a que haya podido conducir el examen pericial deberá, además, contener una motivación suficiente¹⁵. Más allá de la promesa de juramento o promesa de actuar con objetividad prevista en el artículo 335.2 LEC¹⁶, cualquier dictamen que pretenda surtir efectos deberá contener al menos: 1. Identificación del perito, haciendo constar sus datos personales y profesionales relevantes; 2. Antecedentes y fuentes sobre cuya base se emite el dictamen; 3. Objeto de la pericia encomendada; 4. Metodología utilizada; 5. Premisas y limitaciones; 6. Observaciones periciales; 7. Criterios y valoraciones; 8. Conclusiones; 9. Anexos -documentos, gráficos, etc.-.¹⁷

¹⁴ Seguimos en este punto las palabras de MAGRO SERVET, V. (Coord.), *La prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Las Rozas (Madrid), 2007, p. 26.

¹⁵ En este mismo sentido, FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 201.

¹⁶ GUTIÉRREZ MUÑOZ señala que aquellos informes que carezcan de la promesa o juramento de actuar fielmente y conforme a Derecho “pueden subsanarse si hubiera sido una omisión por error pero si lo fuera con conciencia, es decir, cuando el perito se negara a prestar promesa o juramento, la solución sería diferente según que el perito hubiera sido designado judicialmente o se tratara de un perito designado por la parte”. El perito de designación judicial no sería nombrado, ya que se le exige la promesa antes de tomar posesión y ser nombrado perito; mientras que si se trata de un perito de parte lo que presenta el dictamen sin la promesa prestada, la consecuencia será que no se otorgará ningún valor a su informe. GUTIÉRREZ MUÑOZ, S. M., *La prueba pericial en el proceso civil*, Barcelona, 2009, p. 28.

¹⁷ Sistematización basada en la realizada por JURADO BELTRÁN, D., *La prueba pericial civil: análisis práctico del procedimiento probatorio pericial*, Barcelona, 2010, p. 68.

Los elementos que deben integrar el contenido del informe pericial escrito no se hallan reglamentados en la LEC, por lo que en teoría, no conformarían el objeto de estudio del Derecho Procesal. Sin embargo son objeto de valoración judicial, por lo que nuestro estudio pasará por alto teniéndolos conforme a su posición en los criterios doctrinarios de valoración de la prueba pericial.

1.3 Definición

Llegados a este punto y a partir del análisis de la doctrina sobre el tema, estimamos la posibilidad de plantear la existencia de dos definiciones para el dictamen pericial. Una primera, la tradicional relaciona el dictamen con el informe escrito presentado por el perito. Una segunda definición, más amplia y más actual no restringe su objeto al informe, sino que incluye todas las actividades procesales y periciales relacionadas con la práctica de la prueba pericial y se ajusta mejor al modelo propuesto por la LEC.

En su sentido tradicional, el dictamen pericial es “la información que proporcionan personas con conocimientos científicos, artísticos o prácticos sobre principios de su ciencia, arte o práctica, en relación con hechos o circunstancias fácticas de influencia en el proceso civil”¹⁸. A través del dictamen “se manifiesta el resultado de la pericia o actividad pericial desarrollada por los peritos, utilizando las máximas de experiencia especializadas que el juez no posee”¹⁹. El dictamen es “el informe –normalmente escrito- en que se plasma la actividad del perito”²⁰.

Conforme se observa, las definiciones de naturaleza restringida del dictamen de perito corresponden al informe presentado por el perito. En este sentido, consideraríamos oportuno plantear la siguiente definición: *el dictamen de perito, en su sentido restringido, constituye un elemento esencial del medio de prueba pericial, formalizado a través de un instrumento escrito por el cual el experto aporta al proceso su punto de vista o su versión sobre el hecho, situación, estado o persona sobre el cual recae una cuestión controvertida relevante para la decisión de la demanda, mediante la aplicación de sus conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos.*

¹⁸ Nos servimos de la definición de DE LA OLIVA SANTOS, A., y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*, Madrid, 2008, p. 398.

¹⁹ FONT SERRA, E., *El dictamen de...*, cit., p. 29.

²⁰ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 26.

En sentido amplio, la definición del dictamen coincidiría con la propia prueba pericial como un todo, alcanzando todas las actividades y operaciones relacionadas con la prueba pericial, incluso la valoración del dictamen.

La doctrina ya viene registrando este cambio conceptual al equiparar el dictamen de peritos con el medio de prueba. En este sentido nos dice FLORES PRADA: “ya sea llamado dictamen de peritos, ya prueba pericial, este medio de prueba puede definirse como la exposición escrita y razonada que formulan los peritos llamados al proceso, y que puede consistir en la mera transmisión de los principios científicos, artísticos, técnicos o prácticos interesados por la parte procesal, o en la explicación de los resultados a los que han podido llegar los peritos después de reconocer y examinar hechos, situaciones, estados o personas, ya sea verificando datos, ya sea formulando conclusiones sobre causas o consecuencias de determinados elementos fácticos mediante la aplicación de sus conocimientos especializados, estando siempre destinados a incidir en el convencimiento judicial en orden a la demostración de las alegaciones de la parte o a su más correcta valoración”²¹. En esta misma línea apuntan otros autores al afirmar que “el dictamen de peritos o prueba pericial es un medio concreto de prueba (art. 299.1.4º LEC), en virtud de la cual una persona con conocimientos especializados (científicos, artísticos, técnicos o prácticos), que el juez no tiene, pero ajena al proceso, los aporta al mismo para que el órgano jurisdiccional pueda valorar mejor los hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o adquirir certeza sobre ellos (art. 335.1, primera frase)”²².

Y también al atribuir la definición de prueba pericial a la emisión del dictamen: “la llamada prueba pericial es un medio de prueba consistente en la emisión, previamente a la resolución, de un asunto concreto, de un dictamen sobre alguna de las materias (aptas para quedar sujetas a la actividad probatoria) que constituyen el objeto del proceso, por una persona ajena al mismo que deberá poseer conocimientos especializados científicos, artísticos o prácticos, que el juez precisa para valorar mejor las afirmaciones, hechos o circunstancias que constituyen el objeto de la prueba”²³.

De lo expuesto, consideramos que el dictamen de perito, en su sentido amplio y de

²¹ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 196.

²² MAGRO SERVET, V. (Coord.), *La prueba pericial...*, cit., p. 50.

²³ ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de...*, cit., p. 42.

acuerdo al ordenamiento procesal español, podría ser definido como: *el medio de prueba, practicado bajo juramento o promesa de decir la verdad por la persona física o jurídica experta en la materia, designada a instancia de parte o judicialmente, que tiene como finalidad valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto, mediante la aplicación de conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, y que somete a la apreciación del tribunal, según las reglas de la sana crítica, las condiciones profesionales del perito y eventuales circunstancias de tacha, las operaciones periciales de reconocimiento de lugares, objetos o personas, el informe escrito presentado, con todos sus elementos, datos considerados, métodos empleados, razonamientos y conclusiones, asimismo las actuaciones orales del perito en el juicio o en la vista.*

En definitiva, podríamos afirmar que la definición en sentido amplio de la prueba judicial *dictamen de peritos* integraría prácticamente todas las actividades procesales de las partes y las actuaciones del perito destinadas a la práctica de la prueba pericial establecidas en la Sección V, del Capítulo VI, del Libro II, de la LEC, incluyendo la valoración judicial de la prueba pericial.

Y es acompañando esta conceptualización ampliada del dictamen pericial por lo que hemos adoptado como título del presente trabajo *el dictamen pericial: criterios de valoración judicial y su motivación en la sentencia civil*. A pesar de ello y teniendo en cuenta que los criterios de valoración del dictamen no se limitan a los términos que se hagan constar en el dictamen escrito, sino que pueden referirse a otros elementos de la prueba pericial, no hemos excluido la utilización de las denominaciones tradicionales: prueba pericial, valoración de la prueba pericial o motivación de la prueba pericial.

1.4 Naturaleza jurídica

La doctrina viene marcando dos posturas que han sido objeto de debate durante muchos años, para establecer si el perito es un auxiliar de juez o si la actividad pericial es un medio de prueba. Tales relevantes cuestiones relacionadas con la forma de designación del perito, el modo de aportación al proceso, su necesaria ratificación y el criterio judicial de valoración a utilizar justificaban los intensos debates doctrinales y las controversias jurisprudenciales, ocurridos con carácter previo a la actual reglamentación procesal.

La LEC, conforme su Exposición de Motivos, se inclina coherentemente por entender el

dictamen de peritos como medio de prueba en el marco de un proceso, con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público²⁴. Estimamos que no se trata sencillamente de una mera inclinación, como de forma sutil se refirió el legislador, sino de una clara opción en situar el dictamen de perito como medio de prueba. Por ello, conforme hemos destacado, se ha situado topográficamente la Sección denominada *del dictamen de peritos* en el Capítulo VI de los procesos declarativos, que trata *de los medios de prueba y las presunciones*. Se pretendió de este modo alcanzar dos objetivos también indicados en la Exposición de Motivos LEC: 1º) simplificar la complicación procedimental a que conducía la regulación de la Ley de 1881; 2º) aclarar que el sistema a ser utilizado para su valoración judicial es la sana crítica o libre valoración.

Posiblemente la discusión doctrinal sobre la naturaleza del perito y su actividad haya sido excesiva²⁵, pero sirvió para que la cuestión fuese resuelta normativamente, por lo menos parcialmente, a pesar de la existencia de opiniones fundadas contrarias a ello²⁶. En la actualidad, se observa una tendencia mayoritaria en la doctrina en considerar el dictamen pericial como medio de prueba²⁷.

²⁴ LEC. Exposición de Motivos. XI. “Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, esta Ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como medio de prueba en el marco de un proceso, en el que, salvo las excepciones aludidas, no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegar y probar. Y, por ello, se introducen los dictámenes de peritos designados por las partes y se reserva la designación por el tribunal de perito para los casos en que así le sea solicitado por las partes o resulte estrictamente necesario”.

²⁵ MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 348.

²⁶ PEDRAZ PENALVA sostenía que, en la controversia doctrinaria sobre la naturaleza de la prueba pericial, se debería huir “de cualesquiera fijaciones normativas, en todo caso idóneas para cimentar encontradas interpretaciones, pareciendo de esto modo más acertado a fin de buscar la naturaleza de la pericia el buscar su esencia”. PEDRAZ PENALVA, E., “Reflexiones sobre la prueba pericial en los procesos penal y civil: particular consideración de la pericia psiquiátrica”, en *Salud mental y Justicia: problemática civil y penal, internamientos en el Derecho Civil y Penal, la peligrosidad*, en PEDRAZ GÓMEZ, S. (Dir.) Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 403.

²⁷ En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS sostiene que “la pericia, en general, no puede ser ordenarla de oficio el juzgador, como sin duda debería ser si los peritos fuesen sus auxiliares”. DE LA OLIVA SANTOS, A., y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil...*, cit. p. 399. ARAGONESES entiende que es un medio de prueba “porque mediante él se tiende a provocar la convicción judicial en un cierto sentido”. GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*, t. I, Madrid,

No obstante, todavía se observan posicionamientos favorables a la configuración de la prueba pericial como mecanismo de auxilio del juez básicamente sobre tres argumentos: el derecho comparado, una excesiva privatización de la prueba pericial y una cierta reducción de la intervención judicial en la actividad probatoria pericial²⁸. Sin entrar ahora en el mérito del derecho comparado, estimamos que los otros dos argumentos esgrimidos no se prestarían para sostener la naturaleza de auxilio judicial a la pericia.

Con relación a la alegada privatización excesiva de la prueba pericial, consideramos que los dictámenes periciales aportados por las partes no son novedosos en el Derecho procesal español. Antes incluso de la vigencia de la LEC, “esta forma de presentación ya venía siendo habitual en la praxis forense, recibiendo tales dictámenes acompañados, la calificación de pericia extrajudicial o irregular, porque se hacían a instancia y designa unilateral de una de las partes y sin respeto al principio del contradictorio”²⁹, principalmente en los procesos civiles dispositivos. Y fue por cuenta de su amplia utilización y las divergencias doctrinales y jurisprudenciales surgidas que se estableció su procedimiento, no siendo razonable un retroceso en el sentido de restringir el uso de este medio de prueba. Todo lo contrario, su reglamentación uniformiza su práctica, equilibra las relaciones de poder entre las partes y el juez³⁰ y confiere seguridad jurídica en los supuestos de su realización.

No nos parece razonable que el juez o tribunal determine la práctica de una prueba

2003, p. 414. Según MONTERO AROCA, “para la naturaleza del peritaje es indiferente la condición de funcionario o no del perito y el modo de incardinarlo en el órgano judicial”. MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 349. FONT SERRA entiende que “concebir la actividad del perito como una actividad que auxilie a la que debe desarrollar el juez en el momento de juzgar, no implica, a nuestro entender, que el perito con sus conocimientos deje de ser una fuente de prueba y el dictamen de peritos un medio de prueba”. FONT SERRA, E., *El dictamen de...*, cit., p. 36.

²⁸ En este sentido ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY, que no comparten de la opción legislativa en considerar la prueba pericial como un medio de prueba. ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., pp. 30-31.

²⁹ MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil L. E. C. 1/2000*, Barcelona, 2001, p. 331.

³⁰ ABEL LLUCH asevera que “la iniciativa probatoria debe recaer sobre las partes (art. 282, proposición primera, LEC), en coherencia con los principios dispositivo y de aportación de parte (art. 216 LEC), existen concesiones, más o menos limitadas, a la iniciativa probatoria de oficio (art. 282, proposición segunda, LEC), y reveladoras del reparto de poderes entre las partes y el juez”. ABEL LLUCH, X., “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), Barcelona, 2007, p. 21.

pericial en los procesos que involucren intereses privados y las partes soporten los respectivos costes, sin que hayan solicitado su producción. Tampoco sería razonable, en estos supuestos, que el Poder Público se encargue de los referidos gastos, por ejemplo sosteniendo económicamente corporaciones profesionales con competencia para emitir dictámenes en las más diversas áreas de conocimiento. Conforme la Exposición de Motivos de la LEC, la resolución del dilema sobre la naturaleza de la actividad pericial tiene como efecto indirecto, pero nada desdeñable, “la solución o, cuando menos, importante atenuación del problema práctico, muy frecuente, de la adecuada y tempestiva remuneración de los peritos”.

Además, la naturaleza jurídica de medio de prueba del dictamen pericial no depende de que la iniciativa probatoria haya sido de las partes o del juez y tampoco que dicha prueba haya sido practicada por un perito particular o por una corporación oficial. Según ARAGONESES, “sea lo que sea orgánicamente la pericia judicial (para oponerla a la pericia designada por la parte, a la que luego haremos referencia), ningún inconveniente hay en que asuma la forma, incluso, de un Cuerpo o servicio forense, como el de médicos o arquitectos, o como un servicio común, pero, funcionalmente, tiene siempre la significación de un medio de prueba”³¹. Es decir, el reconocimiento del dictamen de perito a instancia de parte como medio de prueba no desvirtúa que el informe practicado por el perito de designación judicial también sea considerado como medio de prueba, ni desde el punto de vista teórico ni desde el punto de vista práctico.

La naturaleza de medio de prueba del dictamen pericial coexiste con la actividad probatoria realizada por otros profesionales que puedan ostentar naturaleza orgánica de auxiliar del juez. Y, aún en estos supuestos, a pesar de que el órgano emisor del dictamen -que corresponde a la fuente de prueba-, pueda poseer la atribución de auxiliar del juez, su informe también va a tener naturaleza jurídica de medio de prueba, ya que se trata de la intervención de una persona ajena a la relación litigiosa y que introduce una declaración escrita que “no tiene otra finalidad sino la de convencer al tribunal de la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales”³². Y es lo que sucede, por ejemplo, en los Juzgados de Familia con relación al *dictamen de especialistas*, previsto en el

³¹ GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil...*, cit., pp. 414-415.

³² *Ibid.*, p. 415.

artículo 92.9 del Código Civil (CC)³³. Conforme a las palabras de ORTUÑO MUÑOZ, “en todas aquellas materias del ámbito de lo jurídico, en las que la ley no se limita a declarar el derecho, y tenga vocación de incidir en las conductas futuras de los ciudadanos, se hace necesaria una intervención técnica de especialistas en las ciencias de la conducta, cuya presencia en el proceso no puede circunscribirse a los límites de la prueba pericial clásica, sino que adquiere carácter de prueba pericial técnica de carácter singular, distinta de aquélla, y con naturaleza y contenido específico”³⁴. El eminente interés público en la materia confiere un mayor poder discrecional al juez en la iniciativa probatoria con relación a la prueba técnica, generalmente realizada por corporaciones oficiales, que, a pesar de que legalmente estén constituidas con naturaleza orgánica de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, emiten con autonomía funcional informes de naturaleza probatoria, cuyo contenido suele ser interpretado con contornos más fiables de imparcialidad que los dictámenes emitidos a instancia de parte.

Con relación al argumento de una cierta reducción en la actividad probatoria del juez, hay que reconocer que puede ocurrir en cuanto a los procesos en que no haya un interés público, ya que sólo está permitido al tribunal designar perito de oficio cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales (artículo 339.5 LEC). La cuestión es si esta disminución de los poderes del juez en cuanto a la iniciativa de la prueba pericial tiene reflejos en la naturaleza jurídica del dictamen pericial. Consideramos que la respuesta es negativa porque la facultad de dirección material relativa a determinar los medios de prueba que deben practicarse se refieren a “las concepciones ideológicas que priman los poderes del juez en el proceso, en contra de las garantías de las partes y cuya base autoritaria es hoy sobradamente conocida pues respondían al predominio de los poderes del Estado sobre el individuo en la sociedad”³⁵.

³³ CC. Art.92.9. “El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”.

³⁴ ORTUÑO MUÑOZ, P., “El <<dictamen de especialista>> como prueba <<sui generis>> en el derecho de familia y la mediación”, *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, n. 37, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 199.

³⁵ MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 29.

Una cosa es no concordar con las limitaciones legales impuestas a los poderes del juzgador en la iniciativa probatoria del dictamen pericial. Y otra cosa es, a partir de ello, cuestionar la naturaleza jurídica del dictamen pericial, sea el practicado a instancia de parte, sea el practicado por el perito de designación judicial.

Atribuir a las partes la responsabilidad de la aportación de dictámenes periciales, en los procesos civiles en que no haya un interés público, es consecuencia del principio de aportación de parte, según el cual “las partes tienen el derecho de probar pero también sobre ellas recae la carga de la prueba de los hechos controvertidos, ahora en el sentido de que sobre ellas las consecuencias de que los hechos alegados no lleguen a ser probados (art. 217)³⁶”. Ello significa que “la determinación de a quién es razonable que perjudique, al final del proceso, a la hora de dictar sentencia, la falta de certeza sobre un hecho (carga de la prueba material), determina a quien le corresponde probarlo”³⁷.

En estos supuestos, “la elección de los medios de prueba y, antes la delimitación fáctica del objeto procesal, corresponde exclusivamente a las partes, en coherencia con la naturaleza privada de los intereses en conflicto”³⁸. La responsabilidad con relación a la conveniencia y oportunidad en la práctica del dictamen es de las partes, ya que ellas serán las que se someterán a las consecuencias de sus propias actuaciones. Por ello, entendemos que resulta muy complicado admitir que el juez tenga la iniciativa probatoria de la prueba pericial en los procesos en que estén en juego intereses predominantemente particulares.

A efectos de delimitar los criterios de valoración del dictamen de perito y su motivación en la sentencia civil, estimamos que las discrepancias doctrinales en cuanto a la naturaleza jurídica de la actividad pericial no conducen a significativas variaciones teóricas o prácticas. Y ello es así si se tiene en cuenta que tanto el dictamen de peritos emitido por designación de parte como el informe del perito de designación judicial: 1º) no implicará vinculación del juez a sus conclusiones³⁹; 2º) serán valorados

³⁶ *Ibid.*, p. 348.

³⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A., y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil...*, cit., p. 398.

³⁸ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 146.

³⁹ ESCALADA LÓPEZ enseña que si se contempla el peritaje como auxilio “la propia imperiosidad del mismo derivada del desconocimiento judicial de unos saberes que son pericialmente integrados, exigiría la vinculación del juez al dictamen”. ESCALADA LÓPEZ, M.

judicialmente de acuerdo al sistema de la sana crítica y 3º) no se prescindirá de la suficiente motivación en la sentencia.

1.5 Características

En este apartado analizaremos brevemente las características del dictamen de perito, que se corresponden básicamente a los contenidos de su definición en sentido amplio, a saber:

- 1) posee naturaleza jurídica de medio de prueba;
- 2) es un compromiso de objetividad;
- 3) es una actividad rogada;
- 4) tiene carácter técnico o científico;
- 5) es una actividad compleja;
- 6) tiene carácter consultivo.

El *compromiso de objetividad* viene previsto en el artículo 335.2 LEC, que establece que “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 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”. El juramento o promesa de decir la verdad y actuar con objetividad formaliza la aceptación del encargo por parte del perito, posibilita su intervención en el proceso y materializa su declaración de reconocimiento de las sanciones penales en que puede incurrir, en el caso de incumplimiento. Por tratarse de un acto eminentemente formal, su omisión es un defecto subsanable. No impide su valoración probatoria, sea como prueba documental, en el caso de no subsanación⁴⁰, sea como informe pericial con valor probatorio pleno, en las hipótesis de

L., “El dictamen de peritos...”, cit., p. 329.

⁴⁰ FLORES PRADA sostiene que “si no puede obtenerse la declaración de objetividad y la consiguiente asunción de responsabilidades que pudieran derivarse, habrá que concluir, atendida la redacción del art. 335 LEC, que el informe o estudio del experto no podrá ser admitido por el juez en calidad de dictamen pericial”. FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., pp. 190-191.

ratificación y subsanación del juramento⁴¹.

El compromiso de objetividad representa una ruptura con el régimen jurídico anterior que vedaba la práctica de la prueba pericial al perito designado a instancia de parte, con base a su manifiesta parcialidad, y admitía la presunción de imparcialidad del perito de designación judicial. Actualmente, la LEC trata de establecer una presunción de actuación objetiva del perito a partir de su juramento y promesa de decir la verdad⁴², con independencia del origen de su designación. El perito “debe emitir su pericial atendiendo a los datos objetivos que tenga para hacerlo sin que pueda influir en sus conclusiones o métodos utilizados ni en ningún otro extremo de su actividad pericial, razón subjetiva alguna”⁴³. El control de la objetividad se establece de dos maneras diferentes y de acuerdo con la forma de designación del perito: un control posterior a la emisión del dictamen, a través del sistema de tachas (artículo 343 LEC), para los supuestos en que la designación sea a instancia de parte; y un control previo a la emisión del dictamen, para las hipótesis de designación por el tribunal, mediante el sistema de recusación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Se agregan, además, otras tres otras hipótesis establecidas en el artículo 124.3 LEC.

El dictamen de perito *es una actividad rogada* porque su práctica presupone una previa actuación de parte -mediante su iniciativa directa o su solicitud al tribunal-, o una anterior designación judicial sea atendiendo a solicitud de parte, sea de oficio en los casos legalmente previstos. En el ámbito del proceso civil, se podría afirmar que el dictamen de perito, para ser caracterizado como medio de prueba, no debe corresponder a una actuación de oficio del perito. Por ello, aunque se trate de la actuación de los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia, con relación a la práctica de los denominados dictámenes de especialistas, la legislación establece la previa designación judicial de oficio o mediante petición de los interesados podrá recabar el dictamen de especialistas (artículo 92.9 CC).

⁴¹ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 71.

⁴² MUÑOZ SABATÉ entiende que, con esta fórmula, “la conciencia del perito extrajudicial puede no quedar tan liberada de compromisos éticos y jurídico como antaño. Teóricamente, al menos, ya no actúa como simple *consultor* de la parte, sino como auténtico perito”. MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba...*, cit., p. 333.

⁴³ GUTIÉRREZ MUÑOZ, S. M., *La prueba pericial...*, cit., p. 14.

El *carácter técnico o científico del dictamen del perito* consiste en la propia razón de la necesidad de su intervención en el proceso judicial, es decir, en el producto de conocimiento especializado que no está a disposición del tribunal⁴⁴. A través del dictamen “una o varias personas expertas en materia no jurídica, elaboran y transmiten al tribunal información especializada dirigida a permitir a éste el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas en el proceso”⁴⁵.

La práctica del dictamen de perito se justifica por la importancia de valorar determinados hechos o circunstancias relevantes mediante la aplicación de conocimientos especializados, que “escapan de los conocimientos medios de cualquier ciudadano y de los conocimientos jurídicos del juez”⁴⁶. Es decir, la intervención de una persona o profesional ajeno a la relación jurídica litigiosa y distinta del órgano jurisdiccional competente para la resolución de la demanda se funda en la relevancia que pueda tener una opinión técnica o científica con relación a los hechos o circunstancias relevantes controvertidas. Se puede afirmar que el carácter técnico o científico es el trazo más característico del dictamen pericial, toda vez que la aportación del perito al proceso debe consistir en la valoración del hecho o circunstancia según la aplicación de sus conocimientos técnicos, científicos o prácticos.

La *complejidad del dictamen de perito* alcanzaría las dos dimensiones de la definición del dictamen: una referente a las operaciones que debe desarrollar el perito para la emisión de su informe escrito; otra relativa a todas las actuaciones procesales previstas en la LEC para su práctica.

Desde el punto de vista de las actividades propias del perito, la práctica del dictamen es compleja porque no está integrada por un acto único. Implica desarrollar un conjunto de operaciones que comprenden el análisis de su objeto, la aplicación de las técnicas o conocimientos correspondientes a su especialidad y la aportación de sus conclusiones, que han de describirse en el informe escrito.

Todavía se reviste de mayor complejidad el dictamen pericial con relación a todas las actuaciones procesales previstas para su regular práctica. Y es que, en su sentido

⁴⁴ Vide DWYER, D., *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge, 2008, p. 75.

⁴⁵ Son palabras de PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico en el proceso civil: ciencia y tecnología en tela de juicio*, Valencia, 2010, pp. 48-49.

⁴⁶ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 128.

amplio, el dictamen de perito involucra todos las formalidades y procedimientos previstos en la LEC para su práctica, como son: las formas de designación del perito, las condiciones del perito, la emisión del informe escrito, la formulación de circunstancias de tacha al perito designado a instancia de parte o la recusación del perito designado judicialmente, las posibles actuaciones del perito en la vista o en el juicio y la valoración judicial del dictamen.

Y por último, *el carácter consultivo del dictamen de perito* resulta del hecho de que “la labor del perito no es decidir, ni resolver, sino dictaminar conforme a su ciencia”⁴⁷. La práctica del medio de prueba *dictamen de perito* no conlleva la resolución de la demanda a las conclusiones que haga constancia el profesional experto en su informe, ni tampoco con relación al mérito del hecho o circunstancia controvertida que originó la admisión de dicha prueba. Es decir, el carácter consultivo consiste, por un lado, en la aceptación por parte del perito de que toda la actividad relacionada con su informe estará sometida a la valoración judicial, y, por otro lado, la no vinculación del juez o tribunal a las conclusiones presentadas por el perito. La aplicación de conocimientos especializados por el perito para sugerir sus conclusiones no elude la potestad jurisdiccional sobre el objeto del dictamen. Es por ello que la LEC establece en su artículo 348 que “el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”.

2 LA OBJETIVIDAD DEL PERITO

2.1 Aproximación al tema

El artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece que “*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 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*” (subrayado nuestro).

Se hace necesario distinguir dos aspectos del referido precepto: por un lado, la cuestión formal, representada por el juramento o promesa de decir la verdad; por otro, el

⁴⁷ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., pp. 128-129.

contenido material, constituido por la actuación del perito con la mayor objetividad posible, que puede ser valorada de acuerdo con la consideración del perito respecto a lo que pueda favorecer como a lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

El incumplimiento del deber de actuar con objetividad puede tener consecuencias que consistan en la imposición de sanciones penales al perito. Pero la inobservancia del deber de jurar no constituye causa de nulidad del dictamen, teniendo en cuenta: 1) la existencia de otros mecanismos procesales de control de la actuación del perito, como son la tacha y la recusación; 2) que el control de la actuación del perito es realizado en el momento de dictar sentencia, cuando se valora el dictamen. Por ello, se podría afirmar que la formalidad del juramento no tiene mayor influencia en la valoración del dictamen pericial⁴⁸.

Con relación al contenido material del precepto -la actuación del perito con la mayor objetividad posible-, podemos comentar que se apunta a la enunciación de un criterio de valoración del dictamen formulado en los siguientes términos: *tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes*. De este modo, el nivel de objetividad del dictamen pasa a constituirse en uno de los elementos de su valoración. Este nivel de mayor o menor objetividad hay que fijarlo por el contenido del dictamen y no a partir de elementos formales o criterios subjetivos del juzgador.

La objetividad material o de contenido -en cuanto criterio de valoración del dictamen pericial,- coincide con la apreciación por el juez de todos los elementos metodológicos (datos, métodos, operaciones realizadas, etc.), así como los componentes ideológicos o de fondo del dictamen (razonamientos y conclusiones). Por lo tanto, la mayor o menor actuación objetiva del perito se evaluará a partir del momento en el que en el dictamen se materialice, lo que pueda favorecer o ser susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. Cuanto más deje de tomar en consideración los elementos imprescindibles para la producción de la prueba pericial habrá menor objetividad en la actuación del

⁴⁸ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY enseñan que la inobservancia del deber de jurar del perito “no comporta la nulidad del dictamen, pues la objetividad del perito se puede controlar a través del mecanismo de la tacha o de la recusación, y constituye una irregularidad procesal a ponderar el juez en el momento de dictar sentencia, de no haberse subsanado con anterioridad”. ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 78.

perito. Y cuantos más elementos de orden subjetivo se incluya en los razonamientos y conclusiones, menor será su nivel de actuación con objetividad. Valorar la objetividad material o de contenido significa valorar el propio dictamen pericial.

2.2 Presunción de objetividad

A pesar de que la objetividad de la prueba pericial sea efectivamente valorada a partir de su contenido, la doctrina jurisprudencial, en reiteradas resoluciones del Tribunal Supremo, ha consagrado un criterio basado en la *presunción de objetividad* del dictamen, reflejado en el siguiente enunciado: “También deberá ponderar el tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar, en el sistema de la nueva LEC, a que se dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes”⁴⁹.

Destacan dos Sentencias del Tribunal Supremo (STS) consideradas paradigmáticas del criterio de presunción de objetividad del dictamen pericial⁵⁰: la STS 179/1993 de 24 de febrero y la STS 275/1997 de 31 de marzo.

La primera de ellas, dictada en proceso de reconocimiento de paternidad, sostiene la objetividad presumida del dictamen emitido por un Centro de Salud dotado de *personal y medios de acreditada competencia*.

“STS (Sala de lo Civil) 179/1993 de 24 de febrero (Rec.: 1469/1990; ponente: Barcalá Trillo-Figueroa). (Id Cendoj: 28079110011993104178).

FD 3º: (...) Las consideraciones que anteceden son más que suficientes en punto a estimar que los extremos requeridos en el art. 611, «claridad y precisión», quedaron cumplimentados en la proposición de la pericial de que se trata, y por lo que respecta a la falta de concreción del número de peritos para la prueba del ap. A), ello carece de trascendencia por ser de general conocimiento que las pruebas de investigación de la paternidad, en atención a su específica naturaleza y técnica requerida, han de practicarse en Centros dotados de personal y medios de acreditada competencia, por consiguiente, al no haber infringido el Tribunal «a quo» el meritado art. 611, procede estimar inviable el motivo examinado, especialmente, cuando la admisión de la pericial en los términos recogidos en la parte dispositiva del Auto del Juzgado, de 1-6-1987, no produjo ninguna indefensión para el demandado-actual recurrente, exigencia prevista en el inciso final del ordinal 3.º y reiterada en el art. 1693.”

⁴⁹ FONT SERRA, E., *El dictamen de...*, cit., pp. 195-196.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 196.

La segunda sentencia, dictada en proceso en que se demandaba nulidad de compraventa e indemnización de daños y perjuicios, en el que fueron presentados dos informes periciales emitidos por profesionales de titulación semejante; la decisión se fundamenta a favor de una mayor objetividad del dictamen emitido por el perito designado judicialmente.

“STS (Sala de lo Civil) 275/1997 de 31 de marzo (Rec.: 1143/1993; ponente Barcalá Trillo-Figueroa). (Id Cendoj: 28079110011997101442).

FD 4º: D) (...) Por otro lado, la sentencia recurrida hace mención al informe pericial aportado por el demandado confeccionado por don Antonio G. S.-Ll., que se trata de un dictamen emitido extrajudicialmente, por lo que no ostenta el carácter de auténtica prueba pericial judicial (Sentencia de 27 octubre 1950 [RJ 1950\1532]). Es más, ante la disparidad de los criterios expuestos entre peritos de titulación semejante se debe dar preferencia a los emitidos por los designados por el Juzgado por coincidir en ellos una presunción de mayor objetividad (Sentencia de la Sala Quinta de 5 abril 1982 [RJ 1982\2377]). En definitiva, la prueba pericial practicada en Primera Instancia es una facultad discrecional del Juzgador, que no puede impugnarse por ninguna clase de recursos (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 mayo 1980 [RJ 1980\1960]).”

Dos elementos son expresamente referenciados en el referido canon como informadores del criterio relativo a la presunción de mayor objetividad del dictamen: *la competencia profesional del perito y la mayor credibilidad a los dictámenes emitidos por los peritos de designación judicial*. Pero, no se tratan de los únicos. La *presunción de objetividad* del dictamen pericial sucedería, básicamente, de la verificación de tres aspectos, que conforman el objeto de estudio del presente capítulo: a) la competencia profesional del perito; b) la modalidad de aportación del dictamen, a instancia de parte o por designación judicial; c) la concurrencia de tacha al perito⁵¹.

La *objetividad presumida*, en cuanto criterio de valoración del dictamen, relaciona elementos integrados por conceptos jurídicos (competencia profesional) o por instrumentos procesales previstos en la legislación (modalidad de designación o concurrencia de circunstancia de tacha) que pueden influir en el deseo de una mayor objetividad del dictamen.

El hecho de poder graduar una mayor o menor presunción de objetividad indica que el criterio no es completo ni absoluto. Se constituye en la consideración de sus elementos

⁵¹ Según ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, la concurrencia de algún motivo de tacha en el perito “supone una advertencia al juzgador de la posible concurrencia de alguna circunstancia que, en abstracto puede menoscabar la objetividad e imparcialidad del perito”. ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 142.

para orientar mejor al juez en la valoración de los métodos, razonamientos y conclusiones presentadas por el dictamen. Una mayor competencia profesional puede determinar un dictamen de razonamientos más objetivos, aunque no necesariamente. El perito de designación a instancia de parte puede perfectamente presentar un dictamen que aplique más adecuadamente los métodos requeridos por su materia. Asimismo, aunque concurra un motivo de tacha, el perito puede ser capaz de emitir un dictamen más completo por considerar todos los datos obrantes en el proceso. Y así sucesivamente.

Por estos motivos se habla de mayor presunción de objetividad: la objetividad concreta será evaluada a través del contenido del dictamen. Y también por estos motivos es que todavía estimamos importante su consideración en el principio de la valoración del dictamen, con la finalidad de situar al juez en el momento de apreciar los demás elementos del dictamen. No se trata de prejuzgar el dictamen a partir del criterio de la objetividad presumida: se trata de posibilitar una mejor comprensión del contenido del dictamen y sus circunstancias.

3 COMPETENCIA PROFESIONAL DEL PERITO

3.1 Formación oficial o práctica

El artículo 340 LEC establece que *“los peritos deberán poseer el título de oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias”*. La formación oficial o práctica del perito presupone su autoridad profesional para emitir un dictamen objetivo y su habilidad para esclarecer los hechos relevantes para la resolución del litigio a través de sus conocimientos científicos, específicos técnicos, artísticos, culturales, etc.

Por lo tanto, la formación oficial o práctica en sí misma, no constituye un elemento informador de un criterio de presunción de mayor objetividad del dictamen, sino un requisito⁵² para ejercer la función de perito, motivo por el cual, de igual manera que

⁵² ARAGONESES afirma que *“los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia del dictamen y a la naturaleza de éste y que, si se tratare de materias que no están comprendidas en títulos profesionales oficiales habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias”*. GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil...*, cit., p. 409.

sucede en el juramento o promesa de decir verdad, no figura como componente específico a efectos de la valoración. Consideramos que la regla del artículo 340 LEC, que se refiere a las condiciones de los peritos, se aplica tanto a los peritos designados a instancia de parte como a los peritos de designación judicial⁵³. La libre elección conferida a la parte se refiere al profesional que va a emitir el informe pero no excluye la necesidad de que cumpla la condición legal exigida para el desempeño de la función de perito⁵⁴.

“La Ley se decanta manifiestamente por la intervención de peritos titulados; ello es así, entre otras cosas, por evidentes razones de seguridad jurídica, y por la presunción de profesionalidad y competencia que se deriva de la acreditación de una formación reglada”⁵⁵, de manera que si la materia objeto de prueba está comprendida en título profesional oficial, el perito deberá ser titulado. En caso contrario, el experto será una persona entendida en el asunto⁵⁶.

La acreditación del cumplimiento de la formación oficial o práctica puede hacerse en el propio dictamen, mediante la clara identificación del perito, la presentación de sus datos personales y profesionales, acompañada, en su caso, de la documentación que el perito estime necesaria. “El dictamen debe contener la identificación clara del perito o peritos, ya sean persona física o jurídica y en el caso de persona jurídica, debe establecerse quién o quiénes, como persona física, han realizado la pericia, puesto que es posible que el perito deba ser llamado a la vista del pleito y también sepa quién lo ha hecho a efectos de recusación, tacha o recusación”⁵⁷.

En la hipótesis de existencia de duda razonable respecto a la formación oficial del perito, estimamos que ella también pueda ser acreditada, en su caso, en el momento de la comparecencia del perito en el juicio o vista mediante la exhibición del título oficial

⁵³ MUÑOZ SABATÉ sostiene que “la parte elige y asume la carga de esa elección. En cambio, si se trata de un perito que debe ser designado judicialmente, es lógico que la ley opte por un perfil más acusado y exija por tanto aquella calificación profesional”. MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba...*, cit., p. 344.

⁵⁴ JURADO BELTRÁN afirma que la postura que opina que el artículo 340 LEC es aplicable a toda clase de perito parece tener más peso y apoyo legal. JURADO BELTRÁN, D., *La prueba pericial...*, cit., p. 40.

⁵⁵ ESCALADA LÓPEZ, M. L., “El dictamen de peritos...”, cit., pp. 313-314.

⁵⁶ ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos...*, cit., p. 109.

⁵⁷ GUTIÉRREZ MUÑOZ, S. M., *La prueba pericial...*, cit., p. 28.

respectivo. Con relación a las personas carentes de título oficial, su conocimiento práctico “ha de inferirse, necesariamente, de aspectos objetivados y contrastables o verificables que permitan avalar –indirectamente- esta condición”⁵⁸, como son la notoriedad en el correcto ejercicio de su profesión, su currículum vitae, etc.

3.2 Competencia

La *competencia profesional* considerada como elemento informador de presunción de mayor objetividad del dictamen presupondría un plus en la formación oficial del perito, determinada por su mayor grado de titulación, por su especialización en el asunto, por su mayor experiencia, etc. Ella se constituiría en el primer presupuesto de un buen dictamen y el primer elemento de análisis judicial⁵⁹, mereciendo especial atención las hipótesis en que existan dictámenes discrepantes en el proceso⁶⁰. Más que el dato de la titulación oficial, jugarán un papel importante en la elección del perito y en la valoración del dictamen “los méritos, reconocimientos, investigaciones, publicaciones y otros indicadores de cualificación del perito, que apoyarán en mayor o menor medida la credibilidad y acierto del dictamen”⁶¹.

Más allá de una mayor objetividad con relación a la correcta descripción del objeto de prueba y al empleo de los métodos adecuados y su correcta aplicación, la competencia profesional también implica mayor credibilidad del dictamen emitido por el perito más

⁵⁸ ESCALADA LÓPEZ, M. L., “El dictamen de peritos...”, cit., pp. 313-314.

⁵⁹ PEREDA GÁMEZ sostiene que la competencia profesional no sólo se trata de que se ostente mayor grado de especialidad académica “el <<juicio de correspondencia>> es de suma importancia y puede resolver, en muchas ocasiones, la prevalencia de una pericial sobre otra. No se trata sólo de que se ostente mayor grado de especialidad académica (por ejemplo, ser Catedrático de Estructuras, de Urbanismo o de instalaciones o tener un “Master” en Aislamientos). Precisamente, dado que el tipo de defectos más frecuentes es el de acabados, puede ser mucho más significativa una pericial de perito menos calificado pero más práctico (Arquitecto director de obras, Director de empresa especializada en reforma, Encargado con formación profesional, etc.)”. PEREDA GÁMEZ, F. J., “La prueba pericial en los litigios derivados de la ley de ordenación de la edificación”, en *La prueba pericial en el proceso civil*, en LEDESMA IBÁÑEZ, M. P. y ZUBIRI DE SALINAS, F. (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, XII, Madrid, Consejo General de Poder Judicial, 2006, p. 160.

⁶⁰ CORDÓN MORENO asevera que “en la práctica, esta calidad o competencia del perito se viene identificando con el grado facultativo o académico del mismo, y con la LECiv su consideración habrá de servir especialmente para justificar el acogimiento de un dictamen frente a otro, en los casos en que se hayan aportado con las alegaciones dos dictámenes distintos emitidos sobre el mismo extremo”. CORDÓN MORENO, F. [et al.] (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, v. I, arts. 1 a 516, Elcano (Navarra), 2001, p. 1199.

⁶¹ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 187.

especializado o más experimentado en la materia⁶². De la competencia profesional pueden derivar la mayor objetividad y fiabilidad del dictamen conforme se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 707/2009⁶³, pero también puede suceder que su uso de mala fe resulte en la emisión de un informe desprovisto de objetividad y, consecuentemente, sin credibilidad.

En definitiva, la competencia profesional del perito requiere siempre su apreciación conjunta con el contenido del dictamen, de acuerdo con los demás criterios de valoración, jamás como única clave para su aceptación o rechazo⁶⁴. Estimamos que así no es razonable que el juez intente justificar su decisión únicamente en el denominado *argumento de autoridad*⁶⁵. Al perito profesional no le sería suficiente basar la fuerza de sus conclusiones en su eventual mayor competencia profesional o formación académica. Lo que se exige de ambos es que demuestren la corrección del procedimiento utilizado y la racionalidad de las conclusiones aportadas.

3.3 Evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo

A efectos de ilustrar la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a la competencia del perito como elemento indicador de la mayor objetividad del dictamen, a continuación hacemos unos breves comentarios sobre las siguientes resoluciones: STS de 21 de julio de 1982; STS 333/1987 de 20 de marzo; STS de 22 de junio de 1992; y STS 55/2001 de 31 de enero.

En ellas se observa una evolución en el enfoque adoptado para la consideración de la competencia profesional como criterio de valoración del dictamen, en el siguiente orden:

⁶² MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 356.

⁶³ **SAP Valencia (Secc. 7ª) 707/2009 de 29 de diciembre (Rec.: 755/2009; ponente Ibáñez Solaz)**. (Id Cendoj 46250370072009100657). FD 2º: (...) De acuerdo con estas previsiones, no nos cabe duda que la vista del contenido, detalle y argumentos y conclusiones de los arquitectos superiores propuestos por los actores esta prueba es mucho más contundente y fiable que la otra, que además se efectúa por una sola técnica, de titulación inferior y es mucho menos completa.

⁶⁴ MUÑOZ SABATÉ aboga que “si al juez le parece más conveniente el dictamen del que ostenta mayor grado académico, lo correcto fuera que no redujera la motivación a este único punto”. MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba...*, cit., p. 355.

⁶⁵ Para MORAL SORIANO, éste se traduce en pretender conseguir la adhesión del auditorio alegando la autoridad atribuida a su autor (el juez). MORAL SORIANO, L., *El precedente jurisprudencial*, Madrid, 2002, p. 61.

- 1º) la superioridad del dictamen por la fuerza del argumento de autoridad, prevaleciendo sobre todos el informe de la Administración;
- 2º) la atribución de mayor peso al dictamen emitido por el perito de designación judicial frente al informe de naturaleza administrativa, en virtud de ser éste de mayor especialidad en la materia;
- 3º) a continuación se consolida la fuerza probatoria del dictamen elaborado por el perito designado judicialmente a causa de las formalidades procesales que le son inherentes;
- 4º) por último, la prevalencia del dictamen emitido por el perito de designación judicial en virtud de las garantías procesales concernientes a la producción de la prueba pericial.

Merece destacarse la estrecha relación establecida, desde el principio, entre *la objetividad del dictamen*, los elementos informadores de la competencia profesional y la modalidad de designación del perito, motivo por lo cual consideramos que integran el mismo criterio de valoración.

Como ejemplo de la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a *la prevalencia del informe de la Administración*, se puede citar la STS de 21 de julio de 1982, que reconociendo la influencia del resultado del dictamen pericial en la resolución judicial, establece un tratado resumido de valoración basado en la mayor presunción de objetividad⁶⁶, quizá en virtud de las diversas posibilidades de interpretación de los

⁶⁶ **STS de 21 de julio de 1982 (Ponente Marín Ruiz)**. (Westlaw RJ\1982\5455). Considerando 2º de la sentencia apelada: Que para una adecuada resolución, precisa examinar minuciosamente la realidad fáctica de la ruina del inmueble urbano, a través de lo que resulte de los autos, de tal manera que la realidad de los hechos ha de ser la que evidencie la procedencia de los supuestos, meramente objetivos, que previene el art. 170 de la Ley del Suelo -SS. de 22 diciembre 1965 (RJ 1965\5824), 14 abril 1967 (RJ 1967\2003), 14 marzo 1969 (RJ 1969\1601), y 21 diciembre 1974 (RJ 1974\5171), es decir, que exista ruina física, económica o urbanística; por tanto, el resultado de los dictámenes periciales es de decisiva influencia en la resolución a adoptar, teniendo presente la doctrina jurisprudencial que atribuye distintos grados de eficacia a la pericia, al declarar que, en los supuestos de distinta titulación de los peritos, producirá más fuerza probatoria el informe emitido por el que posea título superior -SS. de 20 febrero 1962 (RJ 1962\1091), 30 octubre 1963 (RJ 1964\3422) y 14 junio 1971-, y en aquellos otros en que la categoría sea la misma, las decisiones se apoyarán principalmente, en los dictámenes emitidos por el perito nombrado por la Sala, la autoridad judicial correspondiente o por el dirimente, y en último término, por el técnico de la Administración, al darse en ellos una presunción de mayor objetividad por estar, normalmente, al margen de la pugna de intereses entre propietarios o inquilinos en torno a la justicia o injusticia de la perduración del contrato de arriendo, que es lo que suele latir en el fondo de estos asuntos -SS. de 6 octubre 1959 (RJ 1959\3559), 11 mayo 1964 (RJ 1964\2574) y 30 junio 1965 (RJ 1965\3357).

resultados discrepantes presentados. De algún modo se intentaba adoptar criterios objetivos a efectos de garantizar la seguridad jurídica en la valoración de la prueba pericial.

Según la referida resolución, la fuerza probatoria es medida de acuerdo con la titulación del perito y con la oficialidad del dictamen:

- 1) en los supuestos de distinta titulación de los peritos, produciría más fuerza probatoria el informe emitido por el que posea título superior;
- 2) en las hipótesis en que los peritos posean titulaciones iguales, las decisiones se apoyarían principalmente, en los dictámenes emitidos por el perito nombrado judicialmente;
- 3) en último término, produciría mayor fuerza probatoria el informe emitido por el técnico de la Administración, al darse en ellos una presunción de mayor objetividad.

En un momento posterior del Tribunal Supremo se puede observar una tendencia de *Prevalencia del dictamen emitido por el perito designado judicialmente*, conforme la STS 333/1987 de 20 de marzo. Obran en autos dos dictámenes contradictorios -uno emitido por el técnico de la Oficina del Registro y el otro emitido por el perito de designación judicial-, de los cuales se puede inferir una evolución jurisprudencial en los fundamentos en que se basa la resolución para la valoración de la prueba pericial⁶⁷:

- 1º) por cuenta del firme propósito de desvincular la actividad jurisdiccional del resultado de las actividades administrativas, con

⁶⁷ **STS (Secc. 1ª) 333/1987 de 20 de marzo (Ponente Garralda Valcarcel).** (Id Cendoj 28079130011987102262). DOCTRINA: Frente a los dictámenes contradictorios de la Oficina Técnica del Registro (que entiende que se trata de un «producto» y, por tanto, no patentable) y del Perito judicial (que considera que se trata de un «método» y, por consiguiente, patentable), la Sala se decanta por este último habida cuenta de su mayor rigor de análisis y presunción de objetividad. FD 3º: Ante la dualidad de contenido y circunstancias existentes entre ambos dictámenes periciales, es acorde con la racional valoración de la prueba, según las reglas de la sana crítica, conferir preferencia para formar juicio sobre el problema cuestionado, al informe pericial practicado en autos con las garantías de objetividad e imparcialidad debidas, por un profesional cuya especialidad es más acorde con materia a dictaminar y provisto de una riqueza de elementos de juicio muy expresivos y superiores a los consignados en el del órgano administrativo citado, que si bien la jurisprudencia viene reconociéndole normalmente prevalencia en casos de contradicción con otro, eso no quiere decir que el Tribunal tenga comprometida su facultad de libre apreciación de la prueba, pues en otro caso sería tanto como entregar la decisión de la cuestión controvertida al órgano técnico de la Administración.

la consecuente afirmación de la independencia del Poder Judicial;

- 2º) porque incluye nuevos elementos de apreciación: como el hecho de que dicha prueba haya sido practicada en autos con las garantías de objetividad e imparcialidad debidas, y por un profesional cuya especialidad es más acorde con la materia a dictaminar.

Confirmando esa tendencia de mayor fuerza probatoria al dictamen emitido por el perito de designación judicial, la STS de 22 de junio de 1992, dictada en juicio de nulidad de testamento, admite que prevalezca dicho dictamen sobre el conjunto probatorio formado por la presunción de capacidad del notario y del médico -amigo del difunto y que actuó como testigo en el acto de disposición testamentaria- y por la prueba documental y testifical practicada en instancia⁶⁸. Los fundamentos de la referida resolución corresponden:

- 1) al hecho de que la prueba pericial haya sido practicada durante el proceso con respeto a los principios de igualdad, bilateralidad y contradicción;
- 2) la exhaustividad y el carácter concluyente y convincente del dictamen;

⁶⁸ **STS (Sala de lo Civil) 0627 de 22 junio 1992 (Rec.: 612/1990; ponente Almagro Nosete).** (Id Cendoj: 28079110011992104601). FD 1º: El «thema decidendi» versa sobre nulidad de testamento, a causa de la incapacidad del testador, como consecuencia de no hallarse éste en su «cabal juicio» al tiempo de otorgar aquél. Ambas sentencias de instancia coinciden, tras un análisis riguroso de la prueba practicada en la estimación de la insania mental del causante en grado suficiente y con sujeción a los requisitos exigibles para declarar la nulidad del citado negocio jurídico unilateral. Al efecto, la sentencia recurrida establece: la prueba pericial practicada durante el proceso lo ha sido con respeto de los principios de igualdad, bilateralidad y contradicción; extraña, a los que la presente suscriben, la actitud de los demandados comparecidos en la instancia, que se opusieron a su práctica cuando resultaba evidente su necesidad para determinar la veracidad de las afirmaciones de la demanda, así como las suspicacias sobre la identidad del cerebro examinado «post mortem» en el Hospital Civil de Basurto; tal duda debe predicarse carente de todo fundamento, atendida la documental obrante en autos. Centrándonos en la citada pericial habrá de coincidirse con el Juez de instancia en que los tres peritos emiten un informe «exhaustivo, concluyente y convincente». De los tres peritos, uno es médico-forense, profesor-colaborador del Departamento de Medicina-Legal y Toxicología de la Universidad del País Vasco, otro es especialista titulado en Neurología y en Psiquiatría, jefe del Servicio de Neuropsiquiatría del Hospital de la Cruz Roja de Bilbao y el otro también es especialista titulado en Neurología y en Psiquiatría, además de diplomado en Psicología, desarrollando uno de ellos funciones de jefe del servicio médico central de una entidad bancaria y el otro de médico de empresa. (...) Contra tal prueba no puede prevalecer ni la presunción de capacidad del notario y del médico amigo del difunto y que actuó como testigo en el acto de disposición testamentaria ni la documental y testifical practicada en esta instancia.

- 3) la competencia profesional de los tres peritos designados judicialmente (uno, médico-forense, profesor-colaborador del Departamento de Medicina-Legal y Toxicología de la Universidad del País Vasco; otro es especialista titulado en Neurología y en Psiquiatría, jefe del Servicio de Neuropsiquiatría del Hospital de la Cruz Roja de Bilbao; y el tercero, especialista titulado en Neurología y en Psiquiatría, además de diplomado en Psicología).

La STS 55/2001 de 31 de enero de 2001, dictada en juicio de cumplimiento de contrato de compraventa de acciones de Sociedad Anónima (acción individual de tercero), puede ser citada como un típico ejemplo de consolidación de la tendencia jurisprudencial de se conferir mayor fuerza probatoria al dictamen emitido por el perito de designación judicial sobre el informe de los técnicos de la Administración⁶⁹. Aunque admitiendo una supuesta mayor fuerza científico-técnica de la pericia extrajudicial practicada por Censores Jurados de Cuentas, la resolución comentada se basa en el dictamen del perito judicial considerando: su competencia profesional y por haberse emitido dentro del proceso y con las garantías de contradicción precisas, y las procesales establecidas para su práctica.

3.4 Nuevas directrices jurisprudenciales

Según nuestra opinión, los estrechos límites de actuación del Tribunal Supremo en la valoración de la prueba no le permiten el completo desarrollo del concepto de competencia profesional en la materia, pero sí para fijar las bases para su elaboración. Consiste ésta en -a partir de su identificación- situar mejor al juez en el momento de valorar el dictamen pericial principalmente con relación a su mayor o menor objetividad.

⁶⁹ **STS (Secc. 1ª) 55/2001 de 31 de enero (Rec.: 2188/1997; ponente Villagomez Rodil).** (Id Cendoj 28079110012001101326). FD 2º: La doctrina de esta Sala sobre los dictámenes preconstituidos resulta uniforme en cuanto declara que los mismos, al no haberse emitido dentro del proceso y con las garantías de contradicción precisas, y las procesales establecidas para su práctica, carecen de la consideración de efectivas pruebas periciales (Ss. de 25-1-1993, 29-11-1993, 9-3-1998 y 24-7-2000), sin que venga a actuar como justificante del informe extrajudicial, la mayor operatividad del peritaje que unilateralmente se pretende imponer a las partes, ni su mayor enjundia científico-técnica, como declara la sentencia de 16 de Julio de 1992, pues ningún obstáculo existía para que se propusiera como prueba en la pieza correspondiente.

En este contexto, la jurisprudencia ordinaria asume la tarea de concretar la posición de la competencia profesional como elemento informador de la evaluación de la objetividad del dictamen. A través de ella se pretende garantizar que el conocimiento aportado por el dictamen no sea fruto de razones arbitrarias, meramente subjetivas o manifiestamente parciales del perito, sino de su formación, experiencia, especialización, currículo, reconocimiento por la comunidad científica u otro elemento indicador de su solvencia profesional⁷⁰.

La admisión en la LEC de un sistema mixto, que admite tanto el dictamen a instancia de parte como el dictamen designado por el tribunal, también ha contribuido significativamente al referido desarrollo, en la medida en que se tornó sencillo optar por un dictamen basado en un perito designado judicialmente. Por consiguiente, la aplicación del principio de aportación de parte en materia de prueba pericial provoca un cambio ineludible en la configuración del concepto de *competencia profesional* a efectos de la valoración de los dictámenes, teniendo en cuenta el carácter complementario de la iniciativa del juez en esta materia⁷¹, o una clara restricción en su iniciativa probatoria⁷².

Si la modalidad de designación del perito es suficiente para la presunción de mayor objetividad del dictamen, ya no puede ser considerada como único criterio para la valoración de la prueba pericial. Deberá exigirse su confirmación con otros elementos

⁷⁰ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., pp. 138-139.

⁷¹ RÍOS LÓPEZ resalta que “los principios dispositivo y de aportación de parte deben continuar rigiendo en el proceso civil; el primero de manera absoluta, pero la vigencia del segundo exige buscar el punto de equilibrio entre los poderes de las partes y los del juez para evitar que éste quede vinculado por las actividades fraudulentas, ilícitas o inútiles de las partes. Este equilibrio se alcanzaría otorgando al juez poderes complementarios de la actividad de las partes, es decir, que saliendo de su pasividad, y respetando siempre la iniciativa y libre responsabilidad de las partes, el juez colabore con ellas buscando no sancionar injusticias”. RÍOS LÓPEZ, Y., “La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos”, en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), Barcelona, 2006, pp. 132-133.

⁷² LEDESMA IBÁÑEZ, comentando el principio dispositivo, afirma que, en sentido negativo, “la adopción a ultranza de dicho principio viene a suponer una clara restricción de la iniciativa probatoria del juez, una limitación de su posibilidad de intervención en el proceso, opción ésta, que ha sido objeto de no pocas críticas”. LEDESMA IBÁÑEZ, M. P., “La prueba pericial en la LEC: problemática detectada en la práctica judicial”, en *La prueba pericial en el proceso civil*, en LEDESMA IBÁÑEZ, M. P. y ZUBIRI DE SALINAS, F. (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, XII, Madrid, Consejo General de Poder Judicial, 2006, p. 22.

relativos al contenido del dictamen, que pueden referirse a *los métodos empleados, razonamientos y conclusiones*.

Como ejemplo, se puede citar la Sentencia 93/2007 de 16 de febrero de la Audiencia Provincial de Barcelona en un juicio de demolición y derribo de obras no consentidas⁷³. Ante distintos dictámenes periciales aportados por las partes, la resolución acoge el dictamen emitido por un perito que era arquitecto y profesor asociado del Departamento de Estructuras de la Universitat Politècnica de Catalunya y rechaza el otro dictamen emitido por el perito que era sólo arquitecto técnico. Más allá de considerar este aspecto relativo a la competencia profesional, dicha resolución se basa en dos más, la primera referente a la metodología empleada (técnicas y datos utilizados) y la segunda referente al fondo de los dictámenes (razonamientos y conclusiones).

Otro factor que contribuye decisivamente al avance jurisprudencial en materia de valoración del dictamen es el desarrollo de la ciencia y de la tecnología en los diversos campos del conocimiento científico, lo que promueve el incremento de los métodos y técnicas aplicables y un mayor grado de probabilidad de acierto en las conclusiones periciales. En este contexto, TARUFFO asevera que “la solución consistente en decir que la valoración del perito y las pruebas científicas es discrecional para el juez suena como una solución muy deficiente. Ante problemas como los que actualmente caracterizan el uso de la ciencia como medio de prueba, con todos los peligros del mal uso de los métodos científicos y de la ciencia basura, no es suficiente confiar sólo en la

⁷³ **SAP Barcelona (Secc. 14ª) 93/2007 de 16 de febrero (Rec.: 480/2006; ponente Pereda Gamez).** (Id Cendoj: 08019370142007100151). FD 6. PRUEBA DE RIESGO GRAVE PARA LA ESTRUCTURA DEL EDIFICIO. La pericial Don. Silvio, arquitecto y profesor asociado del Departamento de Estructuras de la UPC, es rotunda y está bien fundamentada. Califica de "ultracrítica" la situación, y explica, el día del juicio, que aplica cálculos estadísticos consolidados (hay que recordar que trabaja en la cátedra de estructuras), y da cuenta que se ha superado en 1,6 el coeficiente de seguridad y advierte del riesgo por rotura de elementos de esfuerzo portante, de manera frágil. Expresamente da, a los signos de rotura frágil, sin preaviso, un carácter alarmante, muestra su preocupación por no poder controlar la evolución de la patología y afirma que es aconsejable la demolición para devolver los coeficientes de resistencia a sus límites iniciales de seguridad. En el interrogatorio cruzado da cuenta de las Normas Técnicas utilizadas (la antigua y la nueva), del estudio comparativo realizado (incluso sobre 150 Kg/m², como valor menor, y como obras de mera rehabilitación), destaca que lo que hace más daño es la pared, que no se apoya en medianera sino en forjado y daña el equilibrio de la estructura. Añade que ha comprobado el grueso del forjado y ha estudiado la estructura conforme al proyecto, que ninguna cata aseguraría una certeza de resistencia (sin romperla) y que no ha apreciado fatiga (lo que incrementaría el daño en la obra). El riesgo estructural ha quedado acreditado, es cierto, puede producir perjuicios irreparables a la finca y debe ser admitido por el demandado, conforme a las pruebas practicadas y a criterios de seguridad, por su bien, el de su familia y el de sus vecinos.

<<libre valoración>> del tribunal para garantizar que la buena ciencia se utilice válidamente y se interprete correctamente como base para decidir sobre los hechos objeto de litigio. Lo que se requiere para que las pruebas científicas válidas ofrezcan fundamentos racionales a la decisión sobre los hechos es un análisis judicial profundo y claro de las mismas, acorde con estándares fiables de evaluación”⁷⁴.

En las hipótesis de incertidumbre científica o de imposibilidad material de realizar la pericia adecuada en virtud de los excesivos costes, el juez puede valerse de la competencia profesional basada en los conocimientos prácticos del perito para solucionar el litigio. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 65/2007 de 14 de febrero, dictada en un juicio de indemnización por accidente de circulación⁷⁵, que se basó en la experiencia práctica de un testigo-perito para admitir la procedencia de la demanda, teniendo en cuenta que las pruebas periciales practicadas no fueron concluyentes y que la realización de la pericial necesaria implicaría costes no proporcionales a la demanda, puesto que sólo podría ser realizada en otro país.

⁷⁴ TARUFFO, M., *La prueba* (traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán), Madrid, 2008, p. 100.

⁷⁵ **SAP Salamanca (Secc. 1ª) 65/2007 de 14 de febrero (Rec.: 587/2006; ponente Vega Bravo).** (Id Cendoj: 37274370012007100129). FD 2: El objeto principal del presente recurso no es otro que determinar si hay o no prueba bastante en autos para considerar acreditados los daños en la bicicleta cuya reparación reclama el demandante-apelante. (...) El problema planteado en el recurso no supone, en efecto, sustituir la inmediación del "juez a quo" y apreciar una prueba que no se ha practicado en esta Sala, sino únicamente valorar o juzgar desde la perspectiva de los arts. 217 y 386 LEC, la ponderación de las pruebas hecha por el juez "a quo". Este en su sentencia afirma que ninguno de los peritos ha mostrado seguridad o certeza de que un impacto de las características del de autos impida el uso de la bicicleta, que no afirmó el perito del demandante, y menos aún el del demandado, que incluso dudó que un cuadro tan resistente tuviera microfisuras. (...) Pues bien, el artículo 217.6 L.E.C., recogiendo la abundantísima jurisprudencia existente en materia de carga de la prueba, estableció que en la aplicación de dichas reglas el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio.(...) Partiendo, pues, de que no es posible obtener una certeza científica al 100% de la realidad de los daños o microfisuras en la fibra de carbono, no es lógico desestimar la demanda por esa duda probatoria. Sino que lo procedente será examinar la prueba practicada en orden a determinar si por la vía de la prueba indirecta del artículo 386 L.E.C, pueden inferirse según el normal criterio humano como probados esos daños. Y a este respecto contamos con el atestado de la Guardia Civil, las fotografías de la bici, los informes periciales y la declaración de un perito-testigo ex ciclista profesional. (...) El juicio de inferencia ex artículo 386 L.E.C. es, pues, obligado, en el sentido de que si tras un accidente como el de autos es científicamente muy probable que el cuadro de la bicicleta del actor tenga daños o microfisuras que aconsejan su sustitución por razones de seguridad debe concederse dicha sustitución, a la que no obsta la pericial de la demandada que solo puso en duda la realidad de unos daños, realidad que como dijimos al principio es imposible en cuanto costosísimo obtener al exigir una prueba científico-radiográfica a realizar nada menos que en un país extranjero, en Italia.

4 MODALIDAD DE DESIGNACIÓN DEL PERITO

4.1 Contexto normativo del paradigma

Consideramos que la razón de mayor peso probatorio del dictamen emitido por el perito designado judicialmente se debe al concepto restringido de prueba pericial de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 (LEC 1881), generador de críticas y controversias doctrinales⁷⁶. De acuerdo con este modelo sólo tenía valor de prueba pericial aquella practicada dentro del proceso y de conformidad con los procedimientos establecidos por la ley; por consiguiente, los informes periciales presentados por las partes eran considerados como prueba documental y su eficacia probatoria dependía de su adveración y ratificación en una prueba testifical.

Más allá del referido basamento legal, se argumenta también que el dictamen emitido por el perito designado judicialmente posee una mayor presunción de objetividad e imparcialidad por no representar directamente intereses de las partes litigantes. Por este motivo, la relación entre la modalidad de designación del perito continúa considerada como un elemento importante de valoración del dictamen en cuanto a su presunción de mayor objetividad. Y es que la doble modalidad de designación suele establecer un desequilibrio en la credibilidad inicial de los dos tipos de dictámenes, de modo que “no es aventurado pronosticar una natural inclinación del órgano jurisdiccional a otorgar mayor credibilidad a los dictámenes elaborados por peritos de designación judicial”⁷⁷.

Bien que, tratándose de un juicio de presunción de mayor objetividad, así como ocurre con la competencia profesional, la prueba pericial de designación judicial no se presenta como un elemento absoluto en el momento de su valoración; debe ser considerada de acuerdo con el conjunto de las pruebas practicadas, conforme se observa en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 230/2000 de 29 de marzo, que rechazó las

⁷⁶ GARCINDÍA GONZÁLEZ, comentando la eficacia probatoria de los dictámenes preconstituidos y ante las diversas opiniones doctrinales existentes y la jurisprudencia contradictoria respecto al tema, ya indicaba “la necesidad de situar el dictamen de peritos en el mismo plano en el que se encuentran el reconocimiento que lleva a cabo el Juez, la lectura de lo incorporado al documento, la confesión de la parte y la declaración del testigo en juicio, dejando en manos de las partes la aportación al juzgado del objeto o la persona en que se encuentran incorporados los conocimientos, y permitiendo que sea a través de la emisión de este dictamen como haya de llegar al juez la fuente de prueba de interés para el proceso. GARCINDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación como...*, cit., p. 325.

⁷⁷ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 349.

conclusiones del dictamen emitido por el perito judicial, considerando su falta de rigor y objetividad, así como la insuficiencia de sus fundamentos ante las demás pruebas presentadas⁷⁸.

4.2 El tema en la actualidad

La admisión a las partes de aportar dictámenes periciales con la demanda y contestación ha producido un cambio sustancial en la concepción de este medio de prueba con respecto a la forma en que el mismo venía siendo concebido en el ordenamiento procesal anterior⁷⁹. Entretanto, el sistema de valoración de la prueba pericial no cambió; se mantuvo el modelo de la sana crítica, de modo que la forma de designación del perito –judicial o a instancia de parte– continúa siendo considerado como un importante elemento de formación de la mayor presunción de objetividad del dictamen. Se verifica una cierta evolución doctrinal con relación a los fundamentos considerados para ello, así como una tendencia de cambio jurisprudencial en el peso del dictamen del perito judicial en relación a los demás criterios que informan la valoración de la prueba pericial. De algún modo, se podría afirmar que cada vez se valora más el contenido del dictamen que los aspectos relativos a las condiciones personales del perito o el origen de su designación.

⁷⁸ **SAP Valencia (Secc. 8ª) 230/2000 de 29 de marzo (Rec.: 1183/1998; ponente Vives Reus).** (Id Cendoj: 46250370082000100780). FD 3º: La prueba con valor de pericia practicada en el presente proceso lo fue a instancia de la parte actora, recayendo el nombramiento en el psicólogo don Carlos G. G., el cual en el informe emitido consideró como causa directa del proceso depresivo que padece el demandante el accidente de trabajo acontecido el 9 de abril de 1992. Dicho informe pericial es cuestionado por la parte demandada, calificándolo de falta de rigor y objetividad, ya que el mismo parte de una premisa falsa, cual es que el demandante no había tenido antecedentes de sintomatología depresiva con anterioridad al accidente de 9 de abril de 1992, cuando del expediente administrativo seguido ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social, aportado en período de prueba como prueba documental, se desprende que con anterioridad al 9 de abril de 1992, el actor ya padecía de depresión. (...) Por consiguiente, queda plenamente acreditado que la depresión reactiva que padece el actor tuvo su origen con anterioridad al accidente de 9 de abril de 1992, y por tanto es derivada de enfermedad común y no de accidente como pretende el actor, desvirtuándose con dicha documental el informe pericial emitido por don Carlos G., pues hay que tener en cuenta que la prueba pericial debe ser valorada libremente por el Juzgador, pues la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones, ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tener por tanto como prevalentes en principio aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional. (...) En el informe pericial emitido por don Carlos G., se manifiesta por el perito que dicha multineuritis que afecta al actor es consecuencia del accidente sufrido el 9 de abril de 1992; sin dar una explicación fundada, reconociendo a continuación que por su profesión no está facultado para emitir juicios de índole médica (folio 146 de los autos).

⁷⁹ LEDESMA IBÁÑEZ, M. P., “La prueba pericial...”, cit., p. 35.

Desde el punto de vista doctrinario, el hecho de que la pericia sea a iniciativa de parte sería suficiente para comprometer la objetividad de sus razonamientos y conclusiones. Según reza el proverbio, *quien paga el mariachi elige la canción*, al dictamen emitido por el perito designado por la parte se verificaría una cierta violación de los requisitos esenciales de objetividad⁸⁰. Por conveniencia propia, ésta no promovería la aportación de una prueba pericial que no le favoreciese, o más aún, la parte siquiera se dispondría a pagar un dictamen que pudiese causar perjuicio a su pretensión en juicio. La predisposición del perito a emitir un informe favorable a su cliente puede ser más intensa todavía cuando el pago está condicionado al éxito de la demanda⁸¹.

Una cosa es que la legislación admita desde el punto de vista técnico-jurídico la validez de la introducción de la prueba pericial por iniciativa de parte y otra cosa es valorar la objetividad del contenido de los dictámenes producidos por esta vía. “Lo decisivo no es si la designación es parcial o judicial, sino que lo esencial, es la elaboración por un tercero experto e imparcial de un dictamen necesario para valorar hechos o adquirir certeza sobre ellos en el seno del proceso, todo ello con pleno respeto al principio de contradicción”⁸².

La práctica del foro acaba por considerar estos aspectos, generadores de no pocas confrontaciones de posiciones muy distintas respecto el mismo pleito⁸³. Pero, entendemos que ello, si por un lado puede tornar complicada la situación del juez en el momento de valorar las pruebas, por otro, implica asegurar el contradictorio necesario al desarrollo del proceso. Consideramos que el modelo anterior generaba más inseguridad

⁸⁰ TARUFFO, comentando las pruebas periciales en el *common law*, relata que “las partes deciden si presentan o no testigos expertos, los preparan para el juicio y les pagan. Se genera así la figura del perito o testigo experto como un <<pistolero a sueldo>>, dispuesto a servir a la parte que lo convoca”. TARUFFO, M., *La prueba*, cit., p. 90.

⁸¹ DWYER, D., *The Judicial Assessment...*, cit., p. 168.

⁸² ESCALADA LÓPEZ, M. L., “El dictamen de peritos...”, cit., p. 352.

⁸³ TAFUR LÓPEZ DE LEMUS considera que “la habitual concurrencia, en un mismo pleito, de dictámenes periciales contradictorios no ha hecho sino confundir a los jueces, quienes precisamente porque carecen de los necesarios conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos, son incapaces de discernir sobre la corrección de unos u otros informes, y de ofrecer argumentos fundados para concluir en determinado sentido. No es inusual que en un procedimiento se practiquen tres o cuatro pruebas periciales sobre el mismo objeto, y que las conclusiones de los peritos sean sustancialmente discrepantes”. TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, J., “La valoración de la prueba civil”, *Práctica de Tribunales*, Año VI, n. 66, Diciembre 2009, pp. 19-20.

jurídica ante las diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre los informes de profesionales aportados por las partes. A nuestro modo de ver, con la aportación de dictámenes de partes se evita o, por lo menos, se disminuye otra situación indeseable en el proceso, que es aquella en que se llega al final de la instrucción con un sólo dictamen pericial no conclusivo o que no ofrece los elementos necesarios al esclarecimiento del hecho imprescindible para dictar sentencia.

El sistema dual de la prueba pericial resulta, sin duda, en una actuación más trabajosa al juzgador pero la que mejor atiende a las garantías de una efectiva intervención de las partes para la formación de la convicción judicial. Además, la aportación de más de un dictamen proporciona al órgano jurisdiccional un conocimiento más amplio respecto al hecho o circunstancia que se busca clarificar con la pericia⁸⁴. Con ello, también se exige del juzgador una valoración más razonada y circunstanciada de los distintos dictámenes presentados, sin que cómodamente pueda optar por el dictamen emitido por el perito judicial, que en la actualidad tiene carácter subsidiario⁸⁵; motivo por lo cual la confrontación en el proceso civil se dará cada vez más mediante los distintos dictámenes aportados por las partes.

En definitiva, se podría afirmar que la pretendida objetividad del dictamen ya no correspondería al origen de su iniciativa y producción, sino a su sometimiento a las reglas del contradictorio procesal (artículo 347 LEC) que establece las siguientes facultades a las partes: solicitar la exposición completa del dictamen; formular preguntas y observaciones sobre métodos, premisas, conclusiones y otros aspectos; formular objeciones y tachas; solicitar la ampliación del dictamen a cuestiones

⁸⁴ Según ARAGONESES es indudable que “la apreciación de la prueba pericial de un solo perito se facilita o dificulta en razón a la mayor o menor confianza que el tribunal tenga en el perito que emita su dictamen, dada la dificultad de valorar aspectos científicos, artísticos, técnicos o prácticos si el tribunal no tiene esos conocimientos por su saber privado. El contraste, cuando son varios los peritajes realizados facilita, sin duda, su valoración. GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil...*, cit., p. 421.

⁸⁵ MAGRO SERVET sostiene que “en los casos en que la solicitud de designación de peritos y práctica de pericial se deduce en la audiencia previa del ordinario como consecuencia de las alegaciones complementarias que en tal trámite son admisibles, la prueba pericial sólo será pertinente cuando además de cumplimentar los requisitos de utilidad y pertinencia, ambas partes se muestren conformes con lo que deba ser objeto de pericia y se muestren conformes con aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre (artículo 339.3.1), entendiéndose tal requisito como referido no a conformidad con el contenido del dictamen (que se emitirá en un futuro próximo pero indeterminado) sino con la designación del concreto perito que por el tribunal se verifique”. partes acepten el dictamen del perito que nombre el juez. MAGRO SERVET, V. (Coord.), *La prueba pericial...*, cit., pp. 89-90.

complementarias. En esto consiste -o debería consistir-, la verificación de la objetividad del dictamen emitido por el perito de designación a instancia de parte, y no al simple hecho de su origen. Y es que “la convicción judicial fundada en datos percibidos directamente gozará de una fiabilidad comparativamente mayor que la obtenida por cualquier otra vía de adquisición de esas informaciones, simplemente porque será la más próxima a los hechos cuya realidad se pretende comprobar”⁸⁶.

A pesar de ello, quizá por el peso de la inercia histórica⁸⁷, todavía se pueden ver ejemplos de resoluciones judiciales que confieren prevalencia al dictamen de designación judicial: Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) Córdoba 65/2001 de 27 de marzo⁸⁸; SAP Islas Baleares 47/2005 de 4 de febrero⁸⁹.

⁸⁶ Así CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal: de la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, v. II, en CARPI, F., ORTELLS, M. (Eds.), Valencia, 2008, p. 320.

⁸⁷ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 141.

⁸⁸ **SAP Córdoba (Secc. 2ª) 65/2001 de 27 de marzo (Rec.: 49/2001; ponente Berdugo Gómez de la Torre)**. (Id Cendoj: 14021370022001100389). FD 5º. En el caso que nos ocupa las partes discrepan de la duración de las lesiones y secuelas resultantes, aportando cada una de ellas, informes médicos acreditativos de sus pretensiones, los actores del Centro Médico de Ciudad Jardín, y la demandada de la doctora doña Juana C. perteneciente a sus servicios médicos y de la clínica de Rehabilitación Doctor B. Existe además, un informe pericial practicado en fase probatoria emitido por la licenciada en Medicina y Cirugía doña Ángela C. (folios 224 a 234). Este último dictamen pericial emitido por los cauces de los artículos 610 y ss. LECiv, goza de mayor dosis de fiabilidad que los informes elaborados preprocesalmente por una persona técnica a instancia de las partes y ello es así porque el nombramiento del perito actuante en fase probatoria conlleva una intervención de ambas partes procesales controlada judicialmente, máxime en el supuesto que examinamos en que el perito fue designado de mutuo acuerdo, frente al carácter unilateral de la designación del experto que la parte que utiliza el informe como apoyo técnico a un escrito alegatorio. En consecuencia si la sentencia de instancia en orden a la fijación de las indemnizaciones tiene en cuenta, fundamentalmente, dicha prueba pericial, siendo ésta razonada y fundada y explicando en relación con cada lesionada los motivos por los que no acepta las conclusiones del informe aportado con la demanda, las cantidades resultantes en aplicación del baremo actualizado por Resolución 2.3.2000, deben ser mantenidas.

⁸⁹ **SAP Islas Baleares (Secc. 3ª) 47/2005 de 4 de febrero (Rec.: 651/2004, ponente Gómez Martínez)**. (Id Cendoj: 07040370032005100052). FD 2º: (...) Ahora bien, aunque, en su origen, el dictamen de un perito designado por el juez pueda estar dotado de mayor imparcialidad que el aportado por la parte, a lo que debe atenderse en el momento de la valoración es a la objetividad del resultado que se deduce de los diversos criterios o máximas de experiencia a los que antes se ha aludido y que el artículo 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 intenta garantizar instaurando la tacha de los peritos que no sean de designación judicial. Con cuanto antecede quiere decirse que no es suficiente con que el dictamen sea de origen judicial para que éste prevalezca sobre el de parte pero que tampoco puede olvidarse que, en origen, la posición del perito designado por el juez de mayor objetividad que la del perito que confecciona privadamente el informe a petición de parte para ser aportado al proceso. En el caso de autos, en que nos hallamos ante una clara contradicción entre el resultado del informe del perito forense y del de la parte, el criterio de la imparcialidad conduce a otorgar mayor valor al dictamen del médico forense.

4.3 Nuevas líneas doctrinales

También se puede observar, a partir de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, un cambio de orientación o, cuando menos, una matización en cuanto al peso de la presunción de objetividad del dictamen de acuerdo con la modalidad de introducción de la prueba pericial en autos. Si por un lado ello es mantenido como elemento informador de uno de los criterios establecidos para su valoración judicial, por otro, son introducidos nuevos parámetros, entre los cuales podemos señalar:

- 1) la no prevalencia del dictamen emitido por el perito de designación judicial con base únicamente en este fundamento;
- 2) la preponderancia del dictamen emitido por el perito de parte en virtud del momento en que se efectúan las operaciones periciales;
- 3) el reconocimiento de la conveniencia del dictamen de parte, por sí sólo, no excluye su admisibilidad;
- 4) la verificación de la objetividad en los razonamientos y conclusiones, con independencia del origen del dictamen.

A) No prevalencia del dictamen emitido por el perito designado judicialmente con base únicamente en este fundamento.

Conforme a lo destacado anteriormente, admitir la eficacia de una prueba pericial con base exclusivamente en la forma de introducción del dictamen en autos ya no es suficiente ante la actual configuración jurídico-normativa de motivación de la sentencia. Entendemos que su ocurrencia podría corresponder, incluso, a la propia carencia de motivación de la resolución, una vez que se requiere un análisis razonado para la admisión o rechazo de la referida prueba. Además, el elemento relativo a la objetividad ya no se mediría por la forma de producción del dictamen, sino por su contenido, metodología empleada y resultados obtenidos.

La deseada objetividad del dictamen no se confunde con la imparcialidad del perito, teniendo en cuenta que todo profesional, en cualquier circunstancia, tiene interés en demostrar y defender la validez de su trabajo; sea el perito designado judicialmente o

elegido a instancia de parte. El perito desarrolla su actividad bajo un punto de vista técnico o científico y tiene el compromiso ético profesional de sostener su posición. Esta parcialidad profesional es inherente, y también consecuencia y exigencia, de su actuación. El juez, al admitir o rechazar un dictamen, ingresa en el mérito de validez de los métodos y conclusiones presentadas a partir de los elementos concretos del proceso; en este contexto es que debe verificar la *actuación con parcialidad* del perito y no según el hecho de haber sido designado judicialmente o a instancia de parte.

La forma de designación del perito puede ser un elemento integrante de la valoración del dictamen en el sentido de que a través de ella pueda mejorarse la interpretación del contenido del informe pericial, pero no puede ser usado como único argumento para basar la resolución. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava 149/2006 de 24 de julio⁹⁰, que estimó el recurso contra una sentencia que asumió integralmente el informe del perito designado judicialmente bajo el único fundamento de considerarlo más objetivo que el informe de parte. La resolución consideró también que el perito designado a instancia de parte elaboró su informe tras observar el estado general del vehículo, considerar los kilómetros recogidos y comprobar los precios de vehículos de similares características en el comercio de segunda mano; mientras el perito de designación judicial se limitó a consultar el Sistema Ganvam⁹¹ y algunos talleres, sin tener en cuenta otros elementos individualizados del coche objeto de la pericia.

⁹⁰ **SAP Álava (Secc. 1ª) 149/2006 de 24 de julio (Rec.: 189/2006, ponente Madaria Azcoitia).** (Id Cendoj: 01059370012006100218). FD 3º: En el supuesto de autos la Juzgadora de instancia asume en su integridad el informe del perito Don. Rodolfo bajo el único argumento de considerar más imparcial este informe que el emitido por Don. Rubén, aportado por el actor, al estar designado el primero dentro del proceso, lo que no se compadece con el actual sistema de prueba pericial instaurado tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues conforme a ésta cualquier dictamen que pueda contribuir a valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o a adquirir certeza sobre ellos, es medio de prueba, tanto si es un dictamen elaborado fuera del proceso por perito designado por alguna de las partes (el llamado hasta ahora dictamen extrajudicial), como si es un dictamen emitido dentro del proceso por perito designado por el tribunal (art. 335.1 LEC). (...) Por esas razones el examen de las pruebas periciales conforme a las reglas de la sana crítica, art. 348 L.E.C, permite asumir el valor establecido en el dictamen Don. Rubén, pues en nada consta que sea irrazonable o desproporcionado y aparece establecido sobre la base de elementos individualizadores del perjuicio real causado. Es por tanto procedente estimar el recurso en el sentido de que la cantidad indemnizatoria que debe recibir el Sr. Mauricio sea la de 8.125 euros, que comprende la totalidad del daño causado como consecuencia de la pérdida total del vehículo de su propiedad.

⁹¹ La resolución se refiere a la Bolsa de Vehículos de Ocasión de la Asociación Nacional de Vendedores de Vehículos a Motor (Ganvam). Disponible en: http://www.ganvam.es/vo_busqueda.asp. Fecha de consulta: 11.5.2010.

B) Importancia del momento en que se efectúan las operaciones periciales.

Asume papel relevante en la valoración del dictamen no sólo las operaciones periciales concretas realizadas para la obtención del resultado sino también el momento en que las mismas se efectúan, porque el objeto de la pericia podrá estar perjudicado por el decurso del tiempo. Es la situación que se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria 551/2007 de 7 de diciembre de la Audiencia Provincial de Palmas de Gran Canaria (Las)⁹², que desestimó el recurso contra la resolución que atribuyó más valor al dictamen emitido por el perito designado a instancia de parte que al dictamen emitido por el perito de designación judicial, teniendo en cuenta que el primero fue realizado al tiempo del hecho que desencadenó la demanda y, el segundo, seis meses después del accidente, cuando la secuela provocada ya iba mitigándose y desapareciendo. Consideró también la referida sentencia que el dictamen admitido, al contrario del otro, estableció con precisión el diagnóstico que causó la incapacidad permanente parcial del demandante/recurrido.

⁹² **SAP Las Palmas de Gran Canaria (Secc. 3ª) 551/2007 de 7 de diciembre (Rec.: 491/2007, ponente Moyano García).** (Id Cendoj: 35016370032007100562). FD 2º: Volviendo pues al objeto de fondo del recurso, el apelante discrepa, denunciando error jurídico y fáctico de valoración de prueba de acuerdo al art. 217 y 218 de la LEC, la concesión de indemnización por algunas secuelas -las parestesias en partes acras y el dolor residual en tobillo- y por incapacidad permanente parcial. Lógicamente, parte el apelante de la preferencia del dictamen del perito judicial que emitió informe a instancia de dicha parte procesal sobre el elaborado por el perito extrajudicial del demandante. No obstante, la sra. Juzgadora valoró los dictámenes conforme a razonables y razonadas reglas de la sana crítica -art. 348 LEC- tomando en consideración además el resto de las pruebas válidamente practicadas, como el interrogatorio de parte, lo que le llevó a dar preferencia al dictamen del demandante, lo cual es acertado ya que se trata de un dictamen emitido en fecha mucho más cercana al siniestro y la evaluación de las secuelas que el del demandado, a los seis meses del accidente, por lo que en cuanto a la secuela de dolor en el tobillo, la conclusión que se alcanza es que en el momento de valorarse en octubre del año 2005 existía, aunque ha podido ir remitiendo con posterioridad, como declaró el perito; ahora bien, la secuela tiene que ser indemnizada aunque posteriormente haya ido mitigándose y desapareciendo. Mayor relevancia tiene la parestesia o hipostesia, adormecimiento del pie tras permanecer varias horas en pie. El dictamen del perito de la parte accionada no concluyó realmente que no exista, sino "que no la ha objetivado", y admite que podría haberla objetivado con un método de diagnosis, pero que resulta un medio demasiado caro, para finalmente admitir que puede existir aunque en grado leve, si la cicatriz irradia al nervio. Y ello es lo que dictaminó el perito médico del demandante, precisamente. Así pues, no hay base para considerar que la parestesia no exista, ya que un dictamen la afirma y el otro se limita a indicar que "no la ha objetivado".

C) La conveniencia de parte no excluye la objetividad del dictamen.

El principio de aportación del dictamen pericial de parte presupone libertad en la elección del profesional que practicará la prueba, y presupone también la asunción de los riesgos que le son inherentes. El previo ajuste respecto a las conclusiones de la prueba pericial puede ser revelado en el curso del proceso a través del sistema de tachas, en el contradictorio judicial o en el mismo momento de la valoración del dictamen. Igualmente, mediante el contradictorio y especialmente en la valoración del informe, la prueba pericial practicada a instancia de parte puede revelar su fuerza probatoria, sin que la conveniencia de parte en su elección, por si sola, se constituya en un obstáculo insuperable.

Todo va a depender de cómo en cada caso concreto se valoren judicialmente los dictámenes presentados. Lo que no se puede admitir como válido es que se utilice el argumento de conveniencia para rechazar el dictamen emitido por el perito de designación de parte y admitir el dictamen del perito designado judicialmente. “La designación del perito por la parte no es óbice para que el experto tenga plena consciencia de la trascendencia de su función y, en consecuencia, actúe con la máxima imparcialidad en el ejercicio de sus funciones procesales”⁹³. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares 471/2006 de 31 de octubre adopta esta consideración al estimar parcialmente el recurso y reconocer la prevalencia de la pericia de parte sobre el dictamen del perito judicial⁹⁴. Dicha resolución consideró la mayor

⁹³ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 188.

⁹⁴ **SAP Islas Baleares (Secc. 3ª) 471/2006 de 31 de octubre (Rec.: 433/2006, ponente Gómez Martínez)**. (Id Cendoj: 07040370032006100449). FD 3º: La principal prueba practicada en autos ha sido la pericial. El perito de parte don Augusto, en su informe acompañado con la demanda, concluye, tras haber realizado una medición sonométrica el 19 de febrero de 2005 a las 23 horas que «el funcionamiento de la bolera y el funcionamiento de la puerta comunitaria producen, por separado o analizadas en su conjunto, unos aumentos del nivel de recepción de ruido interior en la vivienda de la interesada que no están permitidos por la Ordenanza Municipal». El perito judicial don José Antonio Cachón Torres acudió en dos ocasiones al domicilio de la actora, el 22 de febrero y el 3 de marzo de 2006, midiendo el sonido de fondo y el de la fuente. Pero su conclusión es radicalmente distinta a la del Sr. Augusto. En efecto, según el perito judicial, «la actividad de juego de bolos del establecimiento denominado «Bowling Café» no aporta contaminación acústica a la vivienda de doña Angelina superior al de otras fuentes sonoras ajenas al establecimiento presentes en el medio y que son causantes del nivel sonoro ambiental existente en su domicilio». FD 4º: (...) Ahora bien, aunque, en su origen, el dictamen de un perito designado por el juez pueda estar dotado de mayor objetividad que el aportado por la parte, a lo que debe atenderse en el momento de la valoración es a la objetividad del resultado que se deduce de los diversos criterios o máximas de experiencia a los que antes se ha aludido y que el artículo 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) intenta garantizar instaurando la tacha de los peritos que no sean de

objetividad de los resultados del dictamen de la pericia de parte por cuenta de las operaciones periciales realizadas; aunque, en teoría, reconozca la conveniencia del informe no judicial y la supuesta mayor objetividad del dictamen del perito de designación judicial.

D) Eficacia probatoria del dictamen a instancia de parte.

El análisis de la jurisprudencia marca una tendencia a reforzar la eficacia probatoria del sistema de aportación de parte del dictamen pericial adoptado por la LEC de modo de evitar la multiplicación de recursos bajo este único fundamento. Es decir, del mismo modo que se puede afirmar que el dictamen emitido por el perito designado judicialmente no es motivo suficiente para conferir mayor valor probatorio, así tampoco basta con alegar que el dictamen por haber sido realizado a instancia de parte pierda su eficacia. Ésta orientación depende de que se supere la concepción de que el dictamen aportado a instancia de parte sea *menos fiable* que el dictamen del perito de designación judicial⁹⁵. Cabe a la parte demostrar la falta de credibilidad del perito mediante los instrumentos procesales disponibles, la recusación, la tacha y, en su caso, en el momento de la intervención del perito en el juicio o vista.

Conforme la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 379/2004 de 18 de junio⁹⁶, que, estimando parcialmente el recurso de apelación, confirió fuerza probatoria

designación judicial. (...) Además, tal como alega el apelante, el perito judicial, a diferencia del de parte, no realizó medición en horario nocturno, lo que merma igualmente la fuerza probatoria de aquel dictamen ya que la Ordenanza Municipal prevé límites máximos menores para el horario nocturno, de las 22 a las 0 horas (artículo 11), durante el cual se ha acreditado que la bolera está abierta pues el testigo don Nicolás Mesa Poyatos, encargado del local, declaró que el establecimiento se cierra a las dos de la madrugada. (...) Por todo ello entiende la Sala que debe prevalecer la pericial de parte en la que se establece que en la medición hecha el 19 de febrero de 2005 a las 23 horas, el ruido en el interior de la vivienda de la actora, procedente de la bolera, sobrepasaba los máximos permitidos en la Ordenanza Municipal a la sazón vigente.

⁹⁵ LUACES GUTIÉRREZ afirma que “la nueva regulación de la prueba pericial en la LEC, nos lleva a afirmar que ambos tipos de dictámenes periciales están situados al mismo nivel. Por ello, los Tribunales han de actuar desde el convencimiento de que no existe diferencia procesal entre ambos tipos de dictámenes, de tal manera, que no se puede otorgar a la prueba pericial judicial un valor superior a la pericial privada”. LUACES GUTIÉRREZ, A. I., “Modalidades de dictamen de peritos en la LEC: especial consideración a su compatibilidad o incompatibilidad en el proceso”, *Práctica de Tribunales*, n. 4, Abril 2004, pp. 10-11.

⁹⁶ **SAP Zaragoza (Secc. 5ª) 379/2004 de 18 de junio (Rec.: 116/2004, ponente Medrano Sánchez)**. (Id Cendoj: 50297370052004100286). FD 5º: (...) Pues en la nueva LECiv, los peritos son de parte, a quienes corresponde la aportación de los dictámenes conforme al artículo 335, siquiera se admite la posibilidad, introducida en el trámite parlamentario de la LECiv 2000,

al dictamen emitido por el perito de la parte demandada/apelada, teniendo en cuenta el exhaustivo análisis de la documentación existente que dotó a sus conclusiones de alta verosimilitud. Merecen destacarse la parte doctrinal de la referida resolución que enseña:

- 1º) que el sistema dual de la prueba confiere el mismo nivel de validez a los dictámenes practicados en autos;
- 2º) que ya no se admite al tribunal tener, expresa o subjetivamente, una propensión de atribuir mayor objetividad al dictamen emitido por el perito de designación judicial, con el respectivo menosprecio del dictamen del perito de parte;
- 3º) que la libertad del juez para apreciar las pruebas está condicionada por la exigencia constitucional de motivación de la sentencia, que se propone excluir las resoluciones arbitrarias del sistema judicial.

5 FORMULACIÓN DE TACHA AL PERITO Y VALORACIÓN DEL DICTAMEN

5.1 Circunstancias legales

La adopción del principio de aportación de dictámenes periciales de parte es matizado por el sistema de formulación de tachas que pueden afectar al perito (artículo 347.1.6º

que se practique por perito designado por el Tribunal, en condiciones que, ahora sí, en alguna medida podrían ser equiparables a la LECiv 1881 (LEC 1881, 1). Este sistema dual de la prueba, bien peritos de parte, bien perito judicial, lleva, para la primera de las posibilidades una cierta privatización de la prueba, que, al margen de que se intente compensar con aquella declaración, tiene un efecto inmediato y directo sobre la apreciación de la prueba por parte del Juez, que ha de otorgar, dentro de los parámetros legales sobre su valoración, la misma validez al dictamen de dichos peritos que al que pueda emitirse judicialmente, siquiera subjetivamente el Tribunal pueda tener una lógica propensión a atribuir mayor verosimilitud al dictamen emitido por perito designado por el Tribunal. Pero no será ya, como antes, mera prueba documental o testifical. (...) Esta libertad del Juez para apreciar las pruebas no es ilimitada pues una exigencia, no sólo legal sino con rango y alcance constitucional que el Juez motive y razone el porqué alcanza un determinado convencimiento sobre el hecho que se trata de acreditar con las pruebas. Es lo que técnicamente se denominará apreciación judicial de la prueba que, supone, en definitiva, la exclusión de toda arbitrariedad en este sistema de valoración. (...) Y cierto que el perito de parte, así lo reconoció, elaboró su análisis sobre la versión del programa que se le facilitó por parte de Trust, por lo tanto no sobre el implantado en el Colegio. Pero el perito realizó en su informe un análisis de toda documentación existente de una exhaustividad extraordinaria, que dotan a sus conclusiones una alta verosimilitud. Convicción que se reforzó por su detallada exposición en el acto del juicio.

LEC), que permite a una parte denunciar la ausencia de los requisitos de *fiabilidad y objetividad* en el perito designado por la otra⁹⁷. La tacha “no excluye a una persona de ser perito, ni priva de valor al dictamen ya presentado”⁹⁸. “La falta de imparcialidad objetiva no tiene necesariamente que conducir a la parcialidad subjetiva del perito, de suerte que el tribunal puede apoyarse en el dictamen para fundar su convicción cuando considere que la tacha, aun probada, no ha influido en la objetividad y neutralidad del juicio pericial”⁹⁹.

Las circunstancias que admiten la tacha de peritos son las siguientes (artículo 343 LEC):

1º Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores.

2º Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

3º Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores.

4º Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados.

5º Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional.”

Dado que no constituyen objeto de estudio del presente trabajo las diversas hipótesis de tachas, los momentos procesales de formularlas ni el procedimiento previsto para su acreditación, nos centraremos en establecer la correlación entre el sistema de tacha y la valoración de la prueba. Deriva éste del artículo 344.2 LEC: “Sin más trámites, el tribunal tendrá en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción en el momento de valorar la prueba, formulando, en su caso, mediante providencia, la declaración de falta de fundamento de la tacha prevista en el apartado anterior. Si apreciase temeridad o deslealtad procesal en la tacha, a causa de su motivación o del tiempo en que se formulara, podrá imponer a la parte responsable, con previa audiencia, una multa de 60 a 600 euros” (subrayado nuestro).

⁹⁷ Conforme ARAGÓ HONRUBIA “cuando una parte formula la tacha de un perito no por ello se impide su declaración, pero se pone de manifiesto que dicho perito tachado puede carecer de fiabilidad y objetividad”. ARAGÓ HONRUBIA, I. M., “La intervención del perito en el acto de la vista”, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Barcelona, 2006, p. 441.

⁹⁸ MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 359.

⁹⁹ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 450.

Entendemos que el legislador, al remitir la apreciación de la tacha al perito para el momento de la sentencia, alcanzaría por lo menos dos objetivos: 1º) garantiza la práctica de la prueba, evitando arbitrios y limitaciones precipitadas al derecho de producirla; 2º) asegura al juez mejores condiciones de decisión sobre su estimación o desestimación. Si bien no se exige en la sentencia una motivación específica sobre la tacha, su concurrencia podría exigir un refuerzo en la valoración del respectivo dictamen pericial¹⁰⁰. La formulación de tacha al perito implicaría una fundamentación más detallada y profundizada del dictamen, sea para admitir su fuerza probatoria, sea para rechazarla en virtud de la falta de objetividad.

5.2 Circunstancia de tacha y credibilidad del dictamen

El Tribunal Supremo, ya en su jurisprudencia anterior a la LEC, reconocía las consecuencias jurídicas perjudiciales a la credibilidad del dictamen cuando una circunstancia legal de tacha influya en la objetividad de la prueba pericial, conforme se observa en la Sentencia 728/1999 de 30 de julio¹⁰¹. En el caso concreto, el perito neurólogo, designado judicialmente por la Audiencia Provincial, carecía de imparcialidad porque, al tiempo que emitió su dictamen, prestaba sus servicios profesionales a una de las partes, de la cual era dependiente económicamente. El Tribunal Supremo decidió por la eficacia probatoria del dictamen emitido por el perito designado en primera instancia, que, además de ser perito médico, ostentaba mayor competencia profesional por ser catedrático de la Facultad de Medicina de Oviedo.

¹⁰⁰ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 142.

¹⁰¹ **STS (1ª Secc. 1ª) 728/1999 de 30 de julio (Rec.: 258/1995; ponente Menendez Hernández).** (Id Cendoj 28079110011999101614). FD 1º En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción de los artículos 610, 621 y 340 de la LEC. El artículo 610 marca los cauces de la prueba pericial, que se emplea cuando sean necesarios (para apreciar algún hecho de influencia en el pleito) conocimientos especializados. En opinión del recurrente esta exigencia del precepto fue cumplida en la primera instancia, por cuanto el perito médico designado era un catedrático de la facultad de Medicina de Oviedo y por el contrario la pericia específica faltó en el neurólogo designado por la Audiencia en diligencias para mejor proveer, ya que un dictamen solvente en la materia cuestionada hubiera exigido un informe por lo menos de un neurocirujano. El neurólogo carece de la especialización necesaria para valorar las consecuencias de una intervención quirúrgica. El artículo 621 de la LEC establece las causas legítimas de recusación de los peritos y entre ellas incluye "ser dependiente del litigante contrario". Esta condición concurre en el neurólogo que dictaminó en segunda instancia, que estaba desprovisto de imparcialidad por cuanto prestaba sus servicios en el INSALUD. No fue recusado en su día porque el recurrente careció de oportunidad procesal para hacerlo, pero lo cierto es que la opinión médica del Dr. Cesar, por su vinculación laboral con el Centro responsable, puede cuestionarse de parcialidad. Por todo ello el motivo es estimable.

La actuación del perito con parcialidad, que no se confunde con “la parcialidad en virtud de su designación”, provoca la pérdida de la deseada objetividad del dictamen y compromete la fiabilidad de sus métodos, razonamientos y conclusiones. Por ello es importante que el juez verifique la cuestión relativa a la eventual actuación parcial del perito a partir de los elementos concretos del dictamen, tales como los métodos aplicados, datos utilizados, exceso de subjetividad en los razonamientos y/o conclusiones. Pero, concurriendo motivo de tacha, se le debe dar mayor énfasis a la verificación de dicha situación.

La tacha no es prevista ni tiene la finalidad de excluir la prueba de parte del proceso, sino que se propone advertir al juez respecto a una eventual ruptura del requisito de objetividad de la prueba. Por consiguiente, no nos parece razonada la propuesta presentada por el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la LEC en el sentido de impedir la intervención del profesional sujeto a tacha o de reputarse nulo de pleno derecho su dictamen, conforme al régimen general de inadmisibilidad de los medios probatorios en el primer caso y en el segundo, conforme al régimen de declaración de ilicitud de la prueba, una vez practicada¹⁰². Estimamos que, por más bien intencionada que pueda ser la propuesta, el Estado de Derecho no acepta conductas de esta naturaleza. El principio dispositivo confiere a la parte libertad para la iniciativa y producción de pruebas, de conformidad con el ordenamiento procesal en vigor, con todos los riesgos inherentes de su práctica. El equilibrio necesario ante la producción de esta prueba debe darse de acuerdo con los instrumentos del contradictorio como se ha señalado.

El mismo raciocinio no se puede aplicar al perito de designación judicial en virtud del principio de oficialidad. En ello consistiría el motivo por el cual la LEC sujeta al perito designado judicialmente al régimen de recusación, más riguroso que la tacha porque puede impedir la emisión o la valoración del dictamen. En el caso del perito de

¹⁰² Informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de mayo de 1998 sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Disponible en: http://www.sc.ehu.es/dpwlona/legislacion/LEC%201-2000/doc_2.pdf. Fecha de consulta: 13.3.2012. MAGRO SERVET refiere que el Consejo General del Poder Judicial propuso, con relación a la recusación y tacha en la prueba pericial, que “si el profesional está irremisiblemente afectado por su independencia y libertad de criterio, no debe permitírsele intervenir, o su dictamen debe reputarse nulo de pleno derecho una vez acreditada esta circunstancia conforme al régimen general de inadmisibilidad de los medios probatorios en el primer caso y en el segundo, conforme al régimen de declaración de ilicitud de la prueba, una vez practicada”.

designación judicial, la observancia del Estado de Derecho consistiría en imponer limitaciones al Poder Judicial en la producción de la prueba pericial viciada desde su origen, como garantía de las partes. No hay por qué sujetar a las partes a los riesgos que suceden de la producción y valoración de una prueba con estas características; tampoco hay que hablar de posterior equilibrio mediante los instrumentos procesales, teniendo en cuenta su carácter oficial, que le impone revestirse de los requisitos de objetividad e imparcialidad.

Volviendo a la cuestión relativa al principio de aportación de dictámenes a instancia de parte, se podría afirmar que la parte que se sirva de un dictamen pericial emitido por un profesional eventualmente sujeto al régimen de tacha se obliga a soportar las consecuencias procesales de ellas, sean favorables o desfavorables. Al juez incumbe la difícil e ineludible tarea de valorar la tacha concomitantemente con la prueba pericial.

También se podría inferir que el expreso reconocimiento de la formulación de la tacha de peritos como elemento informador de la valoración del dictamen resultaría en el excesivo e indebido uso de este instrumento. Pero el artículo 344.2 LEC prevé un sistema de control basado en la imposición de multa por valor de 60 a 600 euros a la parte que formule tachas temerarias o con deslealtad procesal¹⁰³.

Además, la formulación de la tacha no conduce necesariamente al rechazo del dictamen; como componente de un sistema más amplio, la tacha al perito no tiene valor absoluto, hay que ser considerada en el contexto de los demás criterios de valoración del dictamen. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 125/2005 de 14 de abril se constituye en un notable ejemplo de que la tacha, aunque razonada, no priva al dictamen de valoración y tampoco de fuerza probatoria¹⁰⁴.

¹⁰³ CORDÓN MORENO entiende que “la temeridad se produce por la motivación de la tacha: que resulte, por ejemplo, ridícula o carente de la más mínima seriedad; y la deslealtad, por el tiempo en que la tacha fue formulada: entre la presentación del dictamen y el momento en que fue alegada medió un lapso tiempo excesivo, con lo que pudo impedirse que se produjera la contradicción”. CORDÓN MORENO, F. [et al.] (Coord.), *Comentarios a la...*, cit., p. 1186.

¹⁰⁴ **SAP Badajoz (Secc. 2ª) 125/2005 de 14 de abril (Rec.: 100/2005; ponente Sánchez Ugena).** (Id Cendoj: 06015370022005100069). FD 1º. En el primer motivo del presente recurso de apelación afirma la entidad recurrente que no debió haberse tenido en cuenta el informe pericial aportado por la actora elaborado por el perito D. Benito ya que el mismo fue objeto de tacha al haber sido el técnico autor del proyecto y director de la obra cuyo importe es objeto de reclamación. La Ley de Enjuiciamiento de Civil no contempla el que la tacha del perito determine sin más la falta total de valor probatorio de su dictamen. El artículo 344-2 lo que dispone, entre otras cosas, es que el tribunal “tenidos en cuenta la tacha ... es el momento de valorar la prueba...”, pero no que no tendrá en cuenta el dictamen pericial cuyo autor ha sido

El juez, al dictar sentencia, al mismo tiempo en que valora la prueba pericial de acuerdo con los criterios jurisprudenciales de la sana crítica, debe razonar sobre los motivos por los cuales estima o desestima el motivo de tacha, excepto en el caso de “extemporaneidad en la formulación del incidente de parte”. Es decir, no estaría obligado a valorar la tacha extemporánea en el momento de valorar la prueba pericial, conforme se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares 196/2003 de 26 de marzo¹⁰⁵. Según nuestro modo de ver, este entendimiento que exime al juez de manifestarse sobre la tacha extemporánea no puede resultar menoscabo en la valoración del respectivo dictamen.

objeto de tacha. En el presente caso en la sentencia se dice que "no se puede ignorar que, en la medida en que ha sido responsable de esta obra el perito, tiene cierto interés en que no se declare su mala ejecución". Lo cual significa que el juzgador a quo ha tenido en cuenta la tacha en el momento de visionar las pruebas, conforme dispone el artículo 344-2 antes aludido. Pero lo que no ha entendido es que existen razones suficientes como para privar de valor probatorio el informe pericial controvertido.

105

SAP Islas Baleares (Secc. 3ª) 196/2003 de 26 de marzo (Rec.: 17/2003; ponente Rosselló Llaneras). (Id Cendoj: 07040370032003100248). FD 3º: Dicho cuanto antecede, la parte demandada alega, como primer motivo de impugnación, el silencio de la juzgadora de instancia sobre la tacha del perito efectuada en el acto del juicio en que intervino para explicar las conclusiones de su dictamen acompañado con la demanda, tacha fundada en el número 5º del artículo 343.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que le fue admitida. El motivo no puede ser atendido puesto que olvida que nos hallamos ante un juicio ordinario en que imperativamente las tachas de los peritos autores de dictámenes aportados con la demanda se "propondrán" en la audiencia previa al juicio, según dispone el apartado segundo del citado artículo 343, mientras que la formulación de tachas que prevé el artículo 347 cuando el perito intervenga en el acto del juicio se refiere a los peritos designados por las partes como consecuencia de las alegaciones formuladas en la audiencia previa - artículos 426.5 y 427 LEC-; así como que la tacha se aprecia o no por el órgano jurisdiccional en el momento de valorar la prueba, lo que supone que no se pronunciara expresamente sobre la misma sino en la propia sentencia al proceder a valorar el dictamen emitido por el perito, que quedará condicionado por la admisión en su caso de tacha propuesta, salvo que la misma se refiera a la consideración profesional o personal del perito, en que éste podrá solicitar del tribunal que, al término del proceso, declare, mediante providencia, que la tacha carece de fundamento, o cuando el tribunal aprecie temeridad o deslealtad procesal en la tacha, en que dictará providencia citando a las partes a una audiencia, que tendrá lugar en el plazo para dictar sentencia, en la que expondrá la concurrencia de estas circunstancias y la posibilidad de imponer la multa al proponente de la tacha por inexistente motivación o del tiempo en que se formulara -artículo 344 de la L.E.C.-; y de ahí que no precisara la tacha extemporáneamente formulada de resolución expresa por parte del órgano jurisdiccional que no la admitió al entrara a valorar la prueba pericial aportada con la demanda que la considera suficiente y adecuado para la valoración de los daños derivados del incumplimiento contractual imputado a la arrendataria al no haber entregado la industria arrendada conforme a lo pactado.

6 RECHAZO DE LA RECUSACIÓN DEL PERITO DE DESIGNACIÓN JUDICIAL

La recusación pretende que una persona no llegue a emitir el dictamen y de ahí se establezca momento preclusivo para la recusación y decisión antes de esa emisión¹⁰⁶. En caso de que el Tribunal estime la recusación, el perito será sustituido, pero en caso de rechazo de la recusación no cabrá ningún recurso, pudiendo la parte interesada plantear la cuestión en la instancia superior.

Una interesante reflexión respecto al tema consiste en la recusación del perito designado judicialmente y sus consecuencias sobre la valoración del dictamen en la hipótesis de desestimación del incidente, teniendo en cuenta que no cabe recurso de esta decisión¹⁰⁷. ¿Se exigiría también una valoración judicial más circunstanciada del dictamen emitido por el perito judicial recusado por una de las partes?

La respuesta nos parece positiva. Primero porque la parte que pueda sentirse perjudicada por la desestimación del incidente podrá plantear dicha cuestión en la instancia superior, que valorará conjuntamente la recusación y el dictamen pericial. Segundo porque una exhaustiva valoración de la prueba en la sentencia podría implicar: a) en el caso de admisión del dictamen, la irrelevancia de la recusación; b) en la hipótesis de rechazo del informe, el perjuicio de su apreciación.

Nos parece oportuna una referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo 527/2008 de 5 de junio¹⁰⁸, en la que se valoran diversos elementos analizados hasta ahora: no admisión

¹⁰⁶ Así MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 364.

¹⁰⁷ ESPARZA LEIBAR refiere que si “el perito niega la causa o el Juez no estima fundado el reconocimiento, la contradicción se materializa a través de una comparecencia, en la que se practicará la prueba propuesta y admitida como pertinente y útil y se resolverá por medio de auto frente al que no cabe recurso alguno, art. 127”. ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos...*, cit., p. 112.

¹⁰⁸ **STS (1ª Secc. 1ª) 527/2008 de 5 de junio (Rec.: 1042/2001; ponente Auger Liñan)**. (Id Cendoj 28079110012008100320). FD 1º – (...) En el presente motivo se denuncia la infracción del "artículo 613, y concordantes, de la LECiv, relativos a la admisión y práctica de las pruebas que se proponen". Se alega, en síntesis, que la decisión del Juez de Primera Instancia de inadmitir la prueba pericial de Ingeniero Industrial Superior especialista en instalaciones de distribución de energía eléctrica, propuesta por la parte recurrente, y a la que se dice mostró conformidad la contraparte, le ha ocasionado indefensión, pues los extremos de mayor importancia fijados en la demanda se referían a cuestiones de distribución eléctrica para las que no está capacitado el Ingeniero de Telecomunicaciones, y sí el Industrial especialista en instalaciones eléctricas, añadiendo que los Ingenieros de Telecomunicaciones han tenido hasta hace muy poco como único cliente a la demandante, circunstancia contraria a la imparcialidad del dictamen a emitir, y aunque el Juez de Primera Instancia "pudo corregir él mismo en la sentencia" el error cometido

de prueba pericial de parte, basada en dictamen emitido por profesional con mayor competencia profesional en la materia (Ingeniero Industrial Superior especialista en instalaciones de distribución de energía eléctrica); consecuente preponderancia del dictamen del perito judicial de especialización diversa (Ingeniero de Telecomunicaciones); y parcialidad del perito judicial, aunque no recusado por la parte supuestamente perjudicada. El Tribunal Supremo consideró tres aspectos como relevantes: 1) el hecho de que el recurrente no haya recusado al perito judicial; 2) que el dictamen eventualmente emitido por el Ingeniero Industrial no llegaría a conclusiones diversas de las presentadas por el perito judicial; 3) y, principalmente, que la valoración de la pericia se inserte en la del conjunto de la prueba. A pesar de que en el caso en cuestión no haya sido presentado un dictamen diverso del dictamen del perito judicial y aunque no haya sido formulado el incidente de recusación, la articulación de esos fundamentos en el recurso ya fue suficiente para un refuerzo en la valoración de la prueba pericial.

7 OBJETIVIDAD DE LA ACTUACIÓN DEL PERITO Y SENTENCIA

Teniendo en cuenta que “las pruebas periciales presentadas al tribunal, para que se adecuen a las exigencias de la demanda, deberían corresponder únicamente a las que resultasen del trabajo independiente e imparcial del perito”¹⁰⁹, consideramos que los principios de motivación y publicidad de las resoluciones judiciales requieren del juez la expresa motivación de toda prueba válidamente practicada en el curso del proceso; sea

al denegar la pericial propuesta, las consecuencias negativas de aquélla indefensión quedaron patentes en la segunda instancia. (...) Tal pretendida indefensión, en consecuencia, ha de quedar patentemente evidenciada por la parte recurrente que la aduce, sin que sea este el caso, pues los argumentos vertidos en el motivo carecen de consistencia, al dudarse de la parcialidad del perito judicialmente nombrado no obstante no haberlo recusado, acudiendo para ello a argumentos especulativos, no demostrados, sin que exista fundamento para pensar que una pericia a evacuar por Ingeniero Industrial hubiera arrojado conclusiones diferentes al estimado por la Sala "a quo" como completo y exhaustivo dictamen emitido por el perito Ingeniero de Telecomunicaciones judicialmente nombrado, considerado por el Tribunal de apelación competente e imparcial, y menos aún cuando la valoración de la pericia se inserta en la del conjunto de la prueba. Finalmente, ha de considerarse que en el recurso de reposición interpuesto por la hoy recurrente contra el Auto del Juzgado de fecha 18 de septiembre de 1998, en el que se acordó que la pericial se practicara por un sólo perito, Ingeniero de Telecomunicaciones, no se planteó infracción del artículo 613 de la LEC, por lo que respecto de tal pretendida transgresión no se intentó subsanación en la primera instancia, y por lo tanto no se cumple el requisito establecido en el artículo 1613 de la LEC para la admisión del motivo. Por todo lo cual, el motivo perece.

¹⁰⁹ KEANE, A., GRIFFITHS, J., MCKEOWN, P., *The Modern Law of Evidence*, Oxford, 2010, p. 538.

para admitirla, sea para rechazarla. En cuanto a la prueba pericial esta exigencia se torna aún mayor teniendo en cuenta su naturaleza técnica o científica. Es decir, en materia de valoración de dictámenes periciales, a efectos de observancia de los referidos principios, estimamos que serían imprescindibles dos cuestiones: 1ª) que todo dictamen válidamente emitido en el proceso sea valorado individualmente en la sentencia; 2ª) la utilización de una metodología judicial de valoración del dictamen.

La valoración individualizada permite el completo análisis de todos los componentes informadores de cada dictamen, evitando mezclas indebidas en la motivación de la sentencia y facilitando la comprensión de la resolución por las partes, por las instancias superiores y por el público en general. Se exigiría la exhaustiva valoración de todo dictamen pericial; y por la individualización en la valoración de los dictámenes no se admitiría al juez elegir únicamente un informe a valorar para basar su resolución, sino que se requeriría también explicar los motivos por los cuales ha rechazado el otro (o los otros) dictámenes obrantes en autos. Si el juez se limita a valorar el dictamen en que basa su sentencia actúa con parcialidad, por no asegurar a la parte perjudicada los motivos por los cuales las conclusiones de otros dictámenes no fueron considerados; no habrá siquiera fundamentos para el recurso por cuenta de ese desconocimiento. Por este motivo, la motivación de la sentencia en que haya más de un dictamen pericial exigiría una valoración individualizada de cada dictamen, no supliendo su deficiencia eventuales referencias a uno u otro aspecto del dictamen rechazado en el momento de valorar la prueba pericial.

La utilización de una metodología judicial en la valoración del dictamen pericial asegura la evaluación de los diversos criterios admitidos por la doctrina, así como la inclusión de otros específicos en virtud de la naturaleza de la pericia. En otras palabras, se garantiza la expresa apreciación de los elementos básicos de valoración y de los elementos inherentes al tipo de pericia realizada.

En este contexto, a pesar de todos los avances doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema de la valoración de la prueba pericial, que remite cada vez más dicha valoración para los aspectos técnicos del dictamen, estimamos todavía necesario referenciar en la sentencia los elementos integrantes del criterio de valoración relativos a la objetividad del informe, incluso a efectos de su mejor identificación en la resolución. Ellos serán útiles para la valoración de los demás elementos, así como para la correcta evaluación de la sentencia en las instancias superiores.

A nuestro juicio, estos elementos deberían figurar en el inicio de la valoración del dictamen, formando como una especie de encabezamiento: la identificación del perito, su formación y competencia profesional; la forma de su designación (judicial o a instancia de parte); y la concurrencia de circunstancia de tacha o eventual rechazo de recusación. Dada la importancia del tema y teniendo en cuenta el objeto del presente trabajo se dedicará un capítulo específico a la plasmación de los criterios de valoración del dictamen pericial en la sentencia.

Capítulo II

METODOLOGÍA APLICADA AL DICTAMEN PERICIAL

1 METODOLOGÍA Y VALORACIÓN DEL DICTAMEN

La metodología aplicada por el perito al dictamen corresponde a uno de los consagrados criterios doctrinales de valoración de la prueba pericial con base en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Dicha regla está señalada en los siguientes términos: “Otro factor a ponderar por el tribunal deberá ser 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 que sustenten sus dictámenes”¹¹⁰.

Tres elementos se indican expresamente como componentes de este canon de valoración de la prueba pericial: las operaciones periciales realizadas; los medios o instrumentos empleados; los datos que sustenten sus dictámenes. Ahora ya no se trata de considerar elementos que indiquen la presunción de un elemento relevante para la valoración, como sucede con los componentes del criterio de la mayor objetividad; sino que se trata de atribuir mayor o menor peso probatorio al dictamen pericial a partir de elementos utilizados de manera concreta por el perito para la producción de la prueba pericial. El reconocimiento de error o de la inadecuación de uno o más elementos del criterio en estudio puede, por sí sólo, resultar en motivos suficientes para el rechazo del dictamen.

Una vez más importa subrayar dos sentencias del Tribunal Supremo, anteriores a la LEC, consideradas como referentes de este criterio¹¹¹: la STS 67/1989 de 2 de febrero y la STS 29/1995 de 28 de enero.

La primera de ellas confirma la resolución recurrida que rechazó un informe pericial

¹¹⁰ FONT SERRA, E., *El dictamen de...*, cit., p. 195.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 195.

ante la falta de rigor en el método aplicado, puesto que se basó en datos fragmentarios y no fiables del Ministerio de Hacienda; dicha resolución del Tribunal Supremo añade el hecho de que los datos fiscales se refieren a la actividad integral de la empresa y no únicamente a la actividad objeto de la demanda:

“STS (Secc. 1ª) 67/1989 de 2 de febrero (Ponente: López Vilas). (Id Cendoj 28079110011989100331).

DOCTRINA: La prueba pericial (que es precisamente la que intenta destruir el recurso) no se halla sujeta a precepto alguno que determine su eficacia, indispensable para que, al ser infringido, se incurra en error de derecho. La prueba pericial debe ser valorada libremente por el juzgador según las reglas de la sana crítica, que al no constar en norma alguna, es imposible citar su infracción en el recurso.

La sentencia recurrida no desconoce la vigencia de la citada normativa, buena parte de ella insuficiente para sustentar un recurso de casación, ni infringe la misma al estimar dudoso el valor probatorio, a los efectos del pleito, del informe emitido por el señor Adolfo (folios 311 y ss.). Lo que dice la citada resolución es que al estar dicho informe pericial sustentado en los datos obtenidos por el Ministerio de Hacienda para determinar los frutos que dio la industria eléctrica, debe reputarse (el informe pericial) «falto de rigor ya que es bien sabido que, casi siempre, los datos fiscales, a más de ser sectoriales no son fiables en relación a la realidad», debiendo añadirse además que las Actas de Hacienda se refieren a la íntegra actividad de la empresa y no sólo al negocio objeto de las presentes actuaciones.”

La segunda Sentencia admite que el perito introduzca en el dictamen datos contables relevantes, obtenidos junto a las partes y omitidos en el proceso; según la resolución, el perito tiene el deber de realizar las diligencias necesarias para alcanzar la mayor exactitud en su dictamen respecto al hecho que la prueba se propone esclarecer:

“STS (Secc. 1ª) 29/1995 de 28 de enero (Ponente Morales Morales). (Id Cendoj 28079110011995102529).

DOCTRINA: Reitera que la apreciación y valoración de la prueba pericial es función privativa de los juzgadores de instancia, cuyo criterio ha de ser mantenido en vía casacional cuando el mismo sea lógico y razonable como sucede en el presente caso, desestimando en aplicación de tal doctrina el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, por la Sindicatura de la Quiebra de "Almacenes Simeón» en la apelación de la del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vigo de 11 de noviembre de 1990.

FD 7º: (...) El expresado motivo ha de ser desestimado por las consideraciones siguientes: 1ª Porque esta Sala no puede conocer cuál es el precepto jurídico-sustantivo que la recurrente considera que ha sido infringido, al no hacer cita de ninguno de ellos, ni en el encabezamiento, ni en el desarrollo del motivo. 2ª Porque la misión de todo Perito, cuando su informe ha de versar sobre problemas de contabilidad, como ocurre en el presente supuesto litigioso, es la de examinar todos los documentos contables que obren por poder de las partes, aunque no hayan sido aportados al proceso, para poder dictaminar con la mayor exactitud posible acerca de los extremos a que se refiere su pericia, teniendo siempre las partes la posibilidad de recusar, en el momento procesal oportuno para ello, al Perito de cuya imparcialidad puedan dudar (*arts. 617 y 619 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil*), sin que haya constancia en el

proceso de que la parte aquí recurrente (ni ninguna otra) haya hecho uso de dicha facultad.”

La relación entre el camino recorrido por el perito para llegar a sus conclusiones y la valoración judicial del dictamen pericial constituye el objeto de estudio de este capítulo. La importancia de las operaciones realizadas y de los medios empleados como criterio de valoración del dictamen, aunque no se encuentre expresamente prevista en la LEC, puede ser deducida del análisis de los artículos 345, 346 y 347.

El artículo 345 LEC garantiza la presencia de las partes y sus defensores en las operaciones periciales del dictamen cuando su emisión requiera el reconocimiento de lugares, objetos, personas o la realización de operaciones análogas. La finalidad de esta intervención es asegurar el acierto e imparcialidad del dictamen. Ello significa que dichas operaciones periciales de reconocimiento son sometidas al principio procesal de publicidad y podrán ser sometidas al contradictorio en el momento procesal oportuno, que se corresponde con la ratificación del dictamen (artículo 346 LEC) o a la actuación del perito en el juicio o la vista (artículo 347 LEC).

Por consiguiente, podemos inferir que la publicidad de las operaciones periciales de reconocimiento puede tener su desarrollo durante el contradictorio judicial, oportunidad en que se permiten explicaciones, preguntas y objeciones sobre el método, las premisas, los razonamientos y las conclusiones del dictamen. Sin embargo, limitamos el estudio del presente capítulo a la intervención de las partes en las operaciones periciales, considerando:

- 1º) que su objeto se refiera a la metodología aplicada al dictamen;
- 2º) que estén relacionadas con la metodología: los datos empleados; el método aplicado y las operaciones periciales realizadas, entre las cuales se encuentran las operaciones periciales de reconocimiento (artículo 345 LEC);
- 3º) que los procedimientos de ratificación del informe y de actuación del perito en el juicio o la vista –previstas en los artículos 346 y 347 LEC- serán estudiados en el capítulo siguiente dedicado a los razonamientos y conclusiones del dictamen, porque ya no integrarían la metodología aplicada al dictamen sino el contradictorio procesal, en que se permite al perito proferir consideraciones en juicio.

Según nuestra opinión, el control de la objetividad del dictamen a través de la metodología aplicada, bien manejado, puede resultar más eficaz que los mecanismos de naturaleza formal, como son la competencia profesional del perito, el modo de designación y la concurrencia de circunstancias de tachas. El análisis detallado de los datos, medios y operaciones periciales realizadas garantiza al juez comprender mejor los aspectos discrepantes de los diferentes informes.

La valoración del dictamen, según las reglas de la sana crítica, va más allá de la consideración de la mayor calificación del profesional o de la forma de acceso del dictamen al proceso, o de la consideración de sus premisas y conclusiones, engloba también todos los aspectos relevantes de la metodología aplicada, como son: los datos, las operaciones periciales realizadas, el método aplicado; y los recursos utilizados. Tan importante como valorar el resultado es valorar el camino recorrido para alcanzarlo; los eventuales errores verificados en él, sean intencionales o no, causarán ineludibles efectos en las conclusiones del dictamen y en consecuencia en su valoración.

A título de ejemplo de valoración de un informe pericial en que se utilizan los criterios de presunción de mayor objetividad y el criterio de la metodología empleada se puede citar la hipótesis de manipulación de los datos por el perito de acuerdo con la conveniencia de la parte que le designó, como sucede en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 275/2008 de 8 de julio¹¹². Otro supuesto posible se puede razonar cuando el perito, por deficiencias en su formación profesional, utilice un medio técnico inadecuado para la pericia. Las situaciones referidas resultan en una ineludible desvirtuación de las conclusiones del dictamen.

¹¹² **SAP Palma de Mallorca (Secc. 4ª) 275/2008 de 8 de julio (Rec.: 36/2008; ponente Artola Fernández).** (Id Cendoj 07040370042008100219). FD 1º: (...) e) Por último la declaración de los demandados, quienes han sostenido primero en la denuncia penal, y ahora en el proceso civil, que el valor de 150.000 # que se señaló en el momento de la denuncia se refería de manera al precio de venta de las prendas. Llegados a este punto hay que concluir que el valor de 150.000 # utilizado por el perito, es el importe del precio de venta al público de las prendas que estaban en la tienda ese día y que fueron objeto de robo en su totalidad. Toda vez que el importe indemnizable es el precio de costo de las prendas y no su precio de venta al público, el seguro deberá contratarse por la suma del precio de coste y no por la suma de la venta al público, por tanto no puede el perito formular la operación aritmética, para calcular la existencia o no de infraseguro, utilizando un valor no asegurable como es el precio de venta al público de las prendas, esto es lo que ha hecho el Sr. Gustavo en su informe pericial. El perito juega con las cifras, utilizando las que en cada momento convienen más al cliente que paga sus honorarios, y sin la objetividad que debe regir un peritaje, para ello no duda realizar sus cálculos mezclando, por un lado, precios de coste (los contenidos en el listado de prendas sustraídas y las facturas de adquisición del género), y, por otro, precios de venta (derivados de la manifestación efectuada por el asegurado ante la Guardia Civil), con un resultado final que constituye un claro perjuicio del asegurado.

Sin embargo, destacamos que ambos supuestos pueden concurrir con independencia de la vulneración en la objetividad presumida de la prueba pericial. Es decir, aunque el perito satisfaga todos los requisitos de competencia profesional y no concurra ninguna circunstancia de tacha, puede ser que el dictamen sea rechazado en virtud de un error inherente a los datos en los que se basa el dictamen o relativo al método aplicado.

La fuerza de los elementos relativos al criterio de la metodología aplicada vale por sí sola, no necesita de apoyo en la presunción de objetividad del dictamen, pero sí necesita estar relacionada a sus conclusiones. Se puede afirmar que no habrá posibilidad de conclusiones válidas si se verifican defectos en la metodología aplicada; igualmente se puede razonar que de la correcta aplicación del método resulten conclusiones intrínsecamente válidas y coherentes al dictamen pero no necesariamente al proceso, en el caso que no sean considerados todos los datos que obren en él, por ejemplo.

Volviendo al tema en estudio -según nuestra opinión-, el criterio de valoración del dictamen pericial conforme a la metodología aplicada debería incluir el análisis de los siguientes elementos: 1) los datos en que se base el dictamen; 2) el método empleado: los medios técnicos utilizados y las circunstancias de modo, lugar y tiempo; 3) la intervención de las partes en las operaciones periciales¹¹³.

No pretende exigirse que el perito se convierta en un experto, lo que se requiere es que sea capaz de valorar si la prueba pericial está en el ámbito de una forma de conocimiento dotada de dignidad y validez científica, y si los métodos de investigación y control típicos de esa ciencia han sido correctamente aplicados en el caso particular que debe juzgar¹¹⁴. Tampoco se trata de “usurpar la función de los expertos, transfiriendo al juez un cúmulo de pautas tan especializadas que difícilmente entrarán de lleno en su acervo de saberes, sino de que esté en disposición de seleccionar criterios y máximas de experiencias que le permitan valorar el trabajo de los peritos y técnicos que

¹¹³ La línea adoptada corresponde en parte con la propuesta de PEREDA GÁMEZ que, comentando algunas reglas concretas de interpretación y valoración de la pericial, indica que en la metodología judicial se incluyen: 1) la valoración del procedimiento pericial; 2) la claridad y concreción en la descripción del objeto de la pericia y en la narración de las operaciones periciales y en la redacción final del informe; 3) la descripción de los pasos que ha seguido, a los medios técnicos que ha utilizado; 4) a la razón de ciencia experiencia y conocimiento específicos del perito al porqué de lo que se afirma. PEREDA GÁMEZ, F. J., “La prueba pericial...”, cit., pp. 158-160.

¹¹⁴ Son palabras de TARUFFO, M., *La prueba*, cit., p. 294.

se asoman al proceso”¹¹⁵.

Antes de analizar los referidos elementos, consideramos pertinente realizar algunas consideraciones respecto a la importancia de la forma escrita del dictamen para su correcta valoración, conforme se observa a continuación.

El dictamen pericial debe ser formulado por escrito¹¹⁶ y su contenido está directamente relacionado a su valoración, conforme se puede observar en el artículo 336.2 LEC: “*los dictámenes se formularán por escrito, 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*”.

Aunque el referido precepto no tenga carácter limitado y no especifique todos los elementos que debe contener los dictámenes, indica aquellos indispensables para su más acertada valoración, como son: la descripción del objeto de la pericia; los materiales e instrumentos utilizados y los adecuados para exponer el informe; y los documentos que le sirvieron de base.

El objeto de la prueba pericial puede ser un hecho, el derecho extranjero, la costumbre¹¹⁷ o las máximas de la experiencia¹¹⁸. El dictamen debe describir el objeto (persona o cosa) sometido a la pericia con todas sus características (el estado o modo en que se halle en el momento de las operaciones periciales), para, a continuación, puntuar las operaciones técnico-científicas o prácticas aplicadas a ello y, seguidamente,

¹¹⁵ Conforme PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., p. 29.

¹¹⁶ Cabe destacar que el testigo-perito, admitido por el artículo 370.4 LEC, no se confunde con la prueba pericial; por lo tanto, el testigo-perito no emite dictamen, tampoco le es permitido aportar borrador, informe o conclusión escrita. En cuanto a la posibilidad de hacer notar al juez la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha se debe, y se limita, a las manifestaciones relativas a los conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia; pero ni eso le convierte en una prueba pericial.

¹¹⁷ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 36.

¹¹⁸ STEIN, asevera que “el perito, en cuanto tal, siempre suministra al juez máximas de la experiencia; sólo cuando le encarga percibir en representación suya hechos que necesitan ser probados, informa también sobre estos últimos”. STEIN, F., *El conocimiento privado del juez* (traducción española de Andrés de la Oliva Santos), Madrid, 1990, p. 66.

presentar los resultados en forma de conclusiones. El relato de las operaciones periciales debe incluir también los aspectos relacionados a las condiciones de modo, lugar y tiempo de realización.

Este conjunto de informaciones permite al juez conocer y valorar la idoneidad del camino recorrido por el perito para llegar a las conclusiones presentadas en el dictamen. No basta para su valoración la sencilla aportación del resultado; incluso se puede afirmar que lo que diferenciaría una información basada en el conocimiento técnico-científico o técnico-práctico de otra fundada en meras conjeturas subjetivas, es la demostración de la correcta elección de los datos sometidos a análisis y de la adecuada aplicación del método requerido por la materia. No es suficiente que el perito relate sus conclusiones o el resultado de la pericia, debe describir en el dictamen todas las operaciones realizadas y sus circunstancias, a efectos de someterlas al contradictorio del proceso y a la valoración judicial.

A continuación se analizan los elementos que integran el criterio de valoración del dictamen de acuerdo con la metodología aplicada para su realización.

2 DATOS EN QUE SE BASA EL DICTAMEN

Los datos en que se basa el dictamen corresponden a los antecedentes necesarios y efectivamente sometidos por el perito a las técnicas de su profesión para llegar a las conclusiones. Pueden corresponder a hechos, documentos, objetos, personas o informaciones, pero que no necesariamente coincide con el objeto de la pericia. Como ejemplo de esta diferencia se puede citar el caso de una pericial cuyo objeto era verificar las causas de una hendidura en una construcción, a efectos de una acción indemnizatoria: el objeto o cuerpo material de la pericial correspondería a la construcción; el objeto de la pericia concerniría a la identificación del evento o de los eventos causadores de la hendidura; y los datos en que se base el dictamen corresponderían, por ejemplo, a los documentos e informaciones relacionados a la edificación (diseño estructural, tiempo de construcción, etc.).

“El mérito probatorio de la pericia depende no tanto de que el perito haya contado con los datos mínimos, sino con el mayor número de datos posibles que permitan un análisis

completo y exhaustivo”¹¹⁹. Según KEANE, “un perito debería declarar los hechos o suposiciones sobre los cuales basa su opinión. Y él no debería omitir consideraciones sobre los hechos materiales que puedan quitar el mérito de sus conclusiones”¹²⁰.

A continuación se estudia la relación existente entre los datos probados y el orden de valoración de las pruebas en la sentencia; bien como la interacción entre la valoración del dictamen y los datos obrantes en autos, los datos no probados, los datos perentoriamente negados por otra prueba idónea y los datos extraprocesales.

2.1 Hechos probados y orden de valoración de las pruebas

Los datos utilizados por el perito, más allá de tener relación directa con las conclusiones del dictamen, tienen también implicaciones con el orden de valoración de las pruebas practicadas, en virtud de las diversas relaciones que el dato considerado puede mantener con la demanda. La adecuada utilización del dato o de los datos en el dictamen y la relación de este mismo dato con el conjunto probatorio determinarían la eficacia probatoria del dictamen; asimismo se podría afirmar que la inadecuación de los datos considerados en el informe con relación al conjunto probatorio resultaría en el rechazo de la prueba pericial.

Diversas circunstancias pueden suceder de estas relaciones –dato del dictamen y conjunto probatorio-, entre ellas que el dato considerado en el dictamen sea admitido por ambas partes del proceso; que el dato no resulte probado en el proceso; que el dato sea categóricamente negado en el proceso por otra prueba idónea o no figure entre los elementos obrantes en autos.

El perito, al emitir el dictamen, no tiene manera de saber qué datos serán considerados al final como hechos probados o no; tampoco puede evitar que un dato relevante para la resolución del litigio pueda no ser tan relevante para la prueba pericial. Estos supuestos tal vez sean los motivos que dificulten sobremanera la constatación de mala fe o desvíos éticos en la actuación del perito.

Pero, el juez sí que sabrá en el momento de dictar sentencia cuales son los datos

¹¹⁹ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 403.

¹²⁰ El autor hace referencia a uno de los criterios del precedente *R v Harris (2006)*. KEANE, A., GRIFFITHS, J., MCKEOWN, P., *The Modern Law...*, cit., p. 538.

relevantes para la resolución de la demanda, los probados, no probados, los no obrantes en autos, los omitidos por las partes o por el perito. Así toma distinta preeminencia el artículo 209.2º LEC que, al establecer reglas especiales sobre la forma y contenido de las sentencias, instituye que “*en los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso*”.

Inferimos en el sentido de la observancia de este precepto por el juez, especialmente en cuanto a la declaración de los hechos que considera probados, a efectos de una mejor comprensión de la sentencia y con la finalidad de realizar una adecuada valoración del conjunto probatorio¹²¹, incluso del dictamen pericial en todos sus elementos.

El cumplimiento del referido artículo indicaría que el juez ya se encuentra en posición de considerar como probados o no, todos los datos utilizados en la prueba pericial; muchas veces el propio dictamen pueda ser determinante para afirmar datos o negar el hecho alegado y efectivamente utilizado por el perito. Pero, siempre que sea posible, el juez debería declarar los hechos probados antes de pasar a valorar el dictamen pericial. Consideramos también que el dictamen debería ser valorado tras la valoración de las pruebas documentales y orales (interrogatorios de partes y testigos), obedeciendo de algún modo el mismo orden para la práctica de los medios de prueba en el juicio o vista del artículo 300 LEC¹²².

Estimamos que, tanto la declaración de los hechos probados como el establecimiento

¹²¹ VILLARINO MOURE considera que “los hechos probados forman parte de la motivación de la sentencia, de la motivación fáctica, del juicio de hecho, que vendría constituido por los hechos probados y la valoración probatoria. Por ello, al margen de cuál sea el significado que haya de darse al art. 209.2 LEC, consideramos que la ubicación lógica de los hechos es, aún cuando se haga un relato sistemático y separado de los mismos, en los fundamentos de la sentencia junto con la motivación probatoria”. VILLARINO MOURE, S., “El relato de hechos probados en la sentencia civil”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), Barcelona, 2007, p. 439.

¹²² LEC. Artículo 300. *Orden de práctica de los medios de prueba*. 1. Salvo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde otro distinto, las pruebas se practicarán en el juicio o vista por el orden siguiente: 1.º Interrogatorio de las partes. 2.º Interrogatorio de testigos. 3.º Declaraciones de peritos sobre sus dictámenes o presentación de éstos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento. 4.º Reconocimiento judicial, cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal. 5.º Reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. 2. Cuando alguna de las pruebas admitidas no pueda practicarse en la audiencia, continuará ésta para la práctica de las restantes, por el orden que proceda.

del orden referido puedan resultar en un mayor acierto y más seguridad jurídica en la valoración del dictamen pericial en la sentencia. Mediante la observancia del orden en la valoración de las pruebas, las alegaciones fácticas controvertibles, que figuren como datos relevantes para la prueba pericial, ya estarán aclaradas por la prueba documental y oral. Por lo tanto, ya podría el juez o tribunal reputar probado o no determinada alegación hecha por una de las partes y que sea objeto o dato en que se basa la prueba pericial. La valoración del dictamen presupone que los hechos admitidos, los controvertidos y los probados ya estén fijados en la sentencia.

Excepcionalmente se podría admitir una inversión en el orden de valoración de las pruebas en el caso de que la prueba pericial produzca resultados con margen de error igual o próximo a cero por cien. Otra hipótesis que admitiría la inmediata valoración del dictamen pericial en la sentencia se produciría cuando no hayan hechos controvertibles sometidos a comprobación a través de otros tipos de prueba.

Consideramos también que el reconocimiento judicial y la reproducción de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, podrían ser objeto de valoración después de la apreciación de la prueba pericial¹²³, teniendo en cuenta la naturaleza específica de dichas pruebas y el hecho de que son practicadas directamente por el juez o tribunal.

En definitiva, se podría concluir que los datos utilizados por el perito en el dictamen, ineludiblemente repercuten en los resultados de la prueba pericial y deben ser objeto de valoración en la sentencia; consecuentemente, pueden tener efectos directos en la resolución de la demanda.

2.2 Relevancia de los datos obrantes en autos

La consideración en el dictamen de datos relevantes que obren en autos puede resultar en la preponderancia de un dictamen pericial sobre otro; se podría afirmar que la mayoría de las discrepancias verificadas en los resultados de dictámenes distintos suele provenir de la utilización de datos diversos para la producción de la prueba pericial.

¹²³ PEREDA GÁMEZ afirma que “la lógica y la experiencia reclaman la preeminencia del reconocimiento judicial (sobre fotografías o con un reconocimiento judicial <<in situ>>, etc.) sobre la pericial y sobre la testifical, cuando los hechos son de fácil conocimiento”. PEREDA GÁMEZ, F. J., “La prueba pericial...”, cit., p. 155.

Así se puede observar en la Sentencia 331/2009, de 9 de julio, de la Audiencia Provincial de Pontevedra¹²⁴, que admitió la prevalencia del dictamen que, entre otros fundamentos, tomó en consideración toda la documentación obrante en las actuaciones. Igualmente la Sentencia 598/2005, de 11 de julio de 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid¹²⁵, que reconoció la eficacia probatoria al dictamen emitido por el perito designado por el demandado/recurrido, que contenía conclusiones más acertadas por considerar datos relevantes del proceso, incluso los contenidos, y también aquellos omitidos, en el dictamen rechazado, presentado por el demandante/recurrente.

Se podría también inferir la hipótesis en que el dictamen pericial base sus conclusiones en *un dato que no resultó probado* al final de la vista o juicio. Ello puede ser especialmente frecuente cuando los dictámenes son presentados con la demanda o con la contestación (artículo 336.1 LEC).

Se puede citar, a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 415/2005 de 30 de junio¹²⁶. Se trata de una demanda basada en la Ley de Propiedad

¹²⁴ **SAP Pontevedra (Secc. 1ª) 331/2009 de 9 de julio (Rec.: 405/2009; ponente Rodríguez González).** (Id Cendoj: 36038370012009100436). FD 2º: En consecuencia, debe concederse mayor prevalencia a la pericial del perito judicial por las siguientes razones: a) ha tomado en consideración toda la documentación médica obrante en las actuaciones; b) ha reconocido personalmente a la lesionada; c) ha fundado en criterios médicos sus conclusiones, que además están avaladas por su formación de especialista traumatólogo ideal para el caso que juzgamos; d) coincide su criterio sustancialmente con el de la actora.

¹²⁵ **SAP Madrid (Sección 10ª) 598/2005 de 11 de julio (Rec.: 554/2004; ponente: Olalla Camarero).** (Id Cendoj: 28079370102005100539). FD 2º: (...) Lo que nos conduce a apreciar que la tesis que sigue la Juzgadora, sobre la diversidad de causas existentes como posibles origen de las humedades, que conducen a la desestimación de la demanda, no solo toman como base el informe de la demandada y el resto de la prueba, que no olvidemos también se ha practicado en Juicio, sino incluso de los propios datos del dictamen de la demandante. (...) FD 3º: (...) La visualización del juicio nos lleva a coincidir aun más con la valoración efectuada en sentencia, por la demandada intervinieron el perito D. Luis Manuel y el testigo D. Inocencio y por la demandante la perito Dª Valentina, la contradicción entre los peritos resulta manifiesta, resultando coincidente la pericial y la testifical de la demandada. A través de estas declaraciones resulta explicable la frase tan discutida, obrante en el informe pericial de la demandada sobre que "no se pudo acceder al puente enlace con la finca colindante por estar ocupado por distintos enseres", pues lo que tal vez no muy afortunadamente se intentó explicar, es la falta de visualización no del elemento sino de su situación anterior, ante la existencia de una puerta por la que no se pudo acceder al lugar. La que si accedió al lugar de anterior emplazamiento de la pasarela fue la perito de la demandante quien, por primera vez habló de la existencia de una pequeña poza, formada por el hundimiento de la tierra de la que no existían datos en su informe, ni se dejó constancia en sus fotografías, alegando que no se le dejó tomar fotos, cuando aporta un extenso dossier, aportado como doc. nº 8 de la demanda.

¹²⁶ **SAP Madrid (Secc. 13ª) 415/2005 de 30 de junio (Rec.: 354/2005; ponente Navarro Castillo).** (Id Cendoj: 28079370132005100162). FD 6º: Lo anteriormente expuesto y, especialmente el informe del perito judicial que se valora conforme a lo prevenido en el art. 348 de la ley de enjuiciamiento civil, conduce al Tribunal a ratificar la sentencia del Juzgado con rechazo de las alegaciones del recurso a falta de convicción de que la obra musical de los

Intelectual, en la cual el demandante presenta un dictamen que parte del siguiente dato: su música ha sido plagiada por el demandado considerando la existencia de una frase de 16 notas idénticas. En el comentado proceso el demandado también presentó dictamen contrariando el primero; también fue designado judicialmente un perito del Real Conservatorio Superior de Música de Madrid, que concluyó que la música del demandado no derivaba de la música del demandante. El dictamen emitido por este último perito aseveró que no concurrían en las composiciones musicales coincidencias que denotasen el plagio en el que se basó el informe del perito designado por el demandante.

Otra hipótesis a considerar es la posibilidad de que el dictamen base sus razonamientos y conclusiones en *un dato negado por otra prueba idónea*, hipótesis que va a provocar implicaciones en su valoración y, consecuentemente, en el mérito de la sentencia. Como ejemplo podemos plantear el caso en que la parte demandante sostiene que todos los daños verificados en su vehículo sucedieron de la colisión, pero posteriormente a través de documentación idónea obrante en autos queda probado que la estructura del coche ya estaba averiada en virtud de un accidente anterior. El dato *avería en la estructura* apuntado en el dictamen, a efectos de reclamar la citada indemnización, aunque materialmente existente, no estaba relacionado directamente al evento litigioso de la demanda, sino a otro evento ocurrido en fecha anterior¹²⁷.

Pero no solamente la prueba documental puede ser considerada idónea para contradecir un dato en que se apoye el dictamen para sacar sus conclusiones. La prueba testifical también es apta para hacerlo, incluso la propia actuación del perito en el juicio, en la

demandados sea plagio o derivación de la canción propia del actor, con lo cual decae la segunda alegación basada en aducir error en la apreciación de la prueba que no es de aceptar, pese al notable esfuerzo desplegado en el escrito de recurso. Igualmente la tercera, sobre falta de motivación de la sentencia. Una cosa es que lo razonado o expuesto por el juzgador de instancia no convenza al apelante y otra muy distinta es que esté falta de motivación. Así, el fundamento de derecho cuarto explica con claridad, aunque sea breve, las razones que llevan al juzgador a rechazar la demanda: toma como referente el criterio del perito judicial, Catedrático de Composición e independiente en cuanto a su nombramiento, y señala que no concurren en las composiciones musicales que nos ocupan coincidencias estructurales básicas y fundamentales que denoten apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual del autor de "Se acabaron tus agallas". Basta con esto, pues la cuestión no se extiende a más.

¹²⁷ La SAP Valencia 230/2000 de 29 de marzo, anteriormente citada, también se constituye en ejemplo de situaciones como la comentada; la depresión sufrida por el actor, atribuida por el informe pericial al accidente imputado al demandado, era derivada de una enfermedad común anterior al mismo, de acuerdo con documentación obrante en autos; motivo por lo que se quedó sin fuerza probatoria el informe pericial presentado con la demanda.

vista o la confesión de la parte favorecida por el dictamen pueden servir para negar la fuerza probatoria del dictamen. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 485/2004 de 25 de octubre¹²⁸, por ejemplo, rechazó el informe pericial basado en conversaciones con terceros y en el análisis de las instalaciones efectuadas en otras viviendas, considerando que el perito en la ratificación del dictamen reconoció que fue imposible analizar la instalación dañada y la demandada en confesión judicial admitió que la televisión que originó el cortocircuito estaba en la función Stand-by en el momento de la explosión, que produjo el incendio.

Otro supuesto se refiere a las hipótesis en que el perito introduzca en su dictamen *un dato extraprocesal*, algún antecedente (hecho, documento, información) que no haya aportado en el contradictorio; es decir, que demandante y demandado no alegaron este dato en sus razonamientos fácticos, ni tampoco en sus pretensiones de derecho. Esta situación raramente se aplicaría a los casos en que el dictamen sea aportado con la demanda o con la contestación, teniendo en cuenta un cierto control de las partes sobre el contenido de estos dictámenes, por lo menos si se tratasen de los emitidos en el comienzo de la demanda.

Se debe considerar inicialmente que el uso de tablas y otros parámetros, aceptados por las corporaciones profesionales como idóneos para el desarrollo de su actividad, no pueden ser considerados como datos extraprocesales; se tratan de la concreta aplicación de una técnica o método para la obtención de los resultados. Ya sea que se trate de cobranza judicial de honorarios contractuales, en conformidad con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 59/2010 de 8 de febrero¹²⁹, el perito debe

¹²⁸ **SAP Vizcaya (Secc. 5ª) 485/2004 de 25 de octubre (Rec.: 367/2003; ponente García Larragán).** (Id Cendoj: 48020370052004100305). FD 3º: (...) En cualquier caso consta reconocido por la hoy apelante en su contestación a la demanda y también documentado en autos que el incendio se originó por una explosión en el televisor de la Sra. Andrea , quien admite en confesión judicial (folio 622 posición tercera) esta explosión y también que al momento de producirse el cortocircuito la televisión estaba en función , Stand-by, es decir, conectada pero sin que la misma funcione (posición cuarta); y el perito judicialmente designado ha sido suficientemente claro cuando (folio 702) ha expresado que, al margen de que hubieran debido saltar los elementos de protección térmica de la instalación, caso de desconocer, el incendio ya estaba provocado en el televisor; y que dejar una televisión en función , Stand-by, puede dar lugar a cortocircuitos ya que pasa continuamente un consumo eléctrico produciendo un calentamiento, quemándose paulatinamente la placa del circuito eléctrico correspondiente y produciendo fuego en el televisor. Por lo cual, no acreditado que el incendio sea ajeno a la conducta de la propietaria de la vivienda en orden a la adopción de determinadas precauciones el primer motivo de recurso, esgrimido frente a todas las apeladas, debe decaer.

¹²⁹ **SAP Palma de Mallorca (Secc. 3ª) 59/2010 de 8 de febrero (Rec.: 588/2009, ponente Moragues Vidal).** (Id Cendoj 07040370032010100054). FD 3º: (...) A la vista del contenido de

tener en cuenta los valores del contrato y no el baremo de la corporación profesional.

Tampoco puede ser considerado como dato extraprocesal los documentos imprescindibles para la elaboración del dictamen, como son, por ejemplo, los datos contables de una empresa, aunque no haya constancia de esa documentación en el proceso, conforme la anteriormente citada STS 29/1995 de 28 de enero.

Los datos ahora considerados extraprocesales se refieren a cuestiones inherentes a la propia situación litigiosa del proceso; no articulados por las partes. Se puede imaginar una demanda indemnizatoria por daños materiales en que el demandante incluya tres elementos indemnizables; el perito identifica en el dictamen un cuarto elemento sujeto a indemnización. Nos parecería una situación en que este cuarto componente del daño, no reclamado por el demandante, no pueda ser objeto de valoración en el dictamen, por fuerza del principio de justicia rogada -que exige el requisito de congruencia de las sentencias (artículo 218.1 LEC)-. Consideramos que ello no impediría la valoración del dictamen pericial en lo referente a los demás elementos; ya que la restricción a la valoración se limitaría al dato indebidamente incluido en el dictamen.

Puede suceder que el dato extraprocesal del dictamen sea de naturaleza subjetiva: el perito supone una situación con base en su experiencia, pero este supuesto no encuentra fundamento fáctico en las demás pruebas obrantes en autos, incluso en los demás

los tres dictámenes periciales, comparte la Sala el juicio crítico vertido por la juzgadora "a quo" en relación al primero de ellos, esto es el emitido por el Sr. Anselmo, ya que resulta incompleto e insuficiente a la hora de dilucidar la cuestión litigiosa. En efecto, el resultado del dictamen no puede ser tenido en cuenta desde el momento en que para cuantificar los honorarios el perito se ha atendido al baremo orientativo del Colegio de Arquitectos y no el precio pactado en el contrato, llegando a una conclusión absurda e ilógica, cual es que los honorarios ascenderían a 299.841,47 euros, cuando el montante total si hubieran realizado todo el encargo ascendería a 313.811,54 euros. A igual conclusión se llega al valorar el dictamen emitido por el perito judicial, pues éste utiliza como criterio de valoración los precios contenidos en el baremo orientativo del Colegio de Arquitectos, si bien en dicho dictamen se aprecia un mayor rigor en cuanto al análisis de las distintas "versiones" presentadas por la actora. Así, dejando de lado la valoración de la versión 1ª que no es objeto de reclamación, debe resaltarse que valora conjuntamente las versiones 2,3,4,5 y 6 -recuérdese que en base a ésta última se presentó el proyecto básico objeto de la licencia de obras y, por cuyo trabajo se abonó la cantidad de 40.271 euros- fijando el precio de 43.177,46 euros, dando un valor 0 a las denominadas "versiones" 7 y 8, y a las restantes el precio de 21.397,50, 93.167,25 y 13.070,06, respectivamente, esto es, una suma global -descontando la versión 1- de 170.812,28 euros. Ahora bien, no comparte la Sala la valoración que del informe emitido por el perito Sr. Borja se realiza en la sentencia apelada pues, de su contenido, pueden extraerse los elementos suficientes para resolver la cuestión litigiosa. En efecto, dicho perito ha tenido en cuenta no sólo la documentación aportada por la actora y, por tanto, las distintas "versiones", sino también el concreto encargo realizado y los precios fijados en el contrato suscrito en octubre de 2004, y llega a la conclusión de que los honorarios devengados ascienden a 100.968,86 euros sin IVA y con IVA: 117.123,88 euros.

informes periciales practicados. En el caso, consideramos que ya se podría estar en un supuesto de rechazo del dictamen, conforme sucedió en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 60/2010 de 11 de febrero¹³⁰, que no aceptó el dictamen del perito de designación judicial basado, entre otros fundamentos, en el hecho de que él presumió -a partir de su experiencia profesional-, una lesión en el antebrazo del actor causada por un hematoma interno provocado por la propia contusión. Subrayamos que dicha lesión, aunque susceptible de diagnóstico preciso mediante el uso de técnicas específicas, no fue así comprobada; tampoco los demás informes periciales constataron la supuesta contusión del actor.

Así como un dato extraprocesal del dictamen no puede ser objeto de valoración en la sentencia o puede provocar su rechazo, un dato extraprocesal no puede ser admitido para alterar las conclusiones de una prueba pericial válidamente practicada. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 463/2009 de 1 de octubre¹³¹, que mantuvo la sentencia de primera instancia basada en el valor

¹³⁰ **SAP Burgos (Secc. 3ª) 60/2010 de 11 de febrero (Rec.: 495/2009, ponente Villimar San Salvador).** (Id Cendoj 09059370032010100045). FD 2º: (...) B) El perito judicial fija un periodo de sanidad de 222 días y no aprecia secuela alguna. Este perito determina la sanidad conforme a los partes de baja y alta del Médico de Cabecera, periodo que va desde el día 5.7.2007 (fecha del accidente de tráfico) al día 11 .2.2008 (fecha del alta), pero desprecia que en el parte de alta (doc. 36 de la demanda) se refiera al diagnóstico "luxación (articulación) codo", argumentando que ello no es trascendente y, simplemente, es un consecuencia del programa informático. Asimismo, el informe del perito judicial se descarta porque parte de una hipótesis no probada como es que el actor a consecuencia del atropello sufrió una lesión en el antebrazo izquierdo que deduce de la mecánica del accidente, mecánica que no está probada (no sabemos si el lesionado al ser atropellado vio que el coche le atropellaba y puso el antebrazo para defenderse), o bien le atropelló sorpresivamente y sin tiempo para reaccionar defensivamente; lesión en el antebrazo sobre la que gira dicho informe pericial que no está diagnosticada en el informe de urgencias del Hospital General Yagüe y que no ha sido analizada por ninguno de los otros tres peritos médicos intervinientes en los autos. El perito judicial "presume" "piensa" "cree" que el actor tiene una lesión en el antebrazo causada por un hematoma interno provocado por la propia contusión, en base a lo que le ha comentado el propio actor y, aun admitiendo en el acto del juicio que no tiene pruebas objetivas para saberlo, acude para efectuar dicho diagnóstico a su experiencia y profesionalidad.

¹³¹ **SAP Pontevedra (Secc. 1ª) 463/2009 de 1 de octubre (Rec.: 511/2009, ponente Menéndez Estébanez).** (Id Cendoj: 36038370012009100667). FD 3º: (...) Igualmente cuestiona la parte apelante los criterios indemnizatorios, pero estando éstos avalados por dictamen pericial, ninguna prueba en contrario se ha practicado por lo que la impugnación no es más que una mera alegación sin soporte probatorio alguno. Por el contrario, como se ha indicado, el perito Sr. Valeriano elabora su informe en mayo de 2005 atendiendo, de forma motivada, al valor de mercado y utilizando, a fin de objetivar lo más posible la valoración, una Orden de la Administración autonómica del año 2000 sobre planes de reestructuración y reconversión del viñedo en Galicia, que sí sirve para ayudar a realizar la valoración, no explicando ni mínimamente la parte apelante la inaplicación de dicha Orden al caso que nos ocupa, a estos concretos fines. Por otro lado, como con buen criterio señala el Juez de instancia, la no coincidencia del precio por metro cuadrado entre la propuesta por el mencionado perito y la que fue definitivamente fijada en el expediente expropiatorio, incluyendo sentencia de la Sala de lo

indemnizatorio de conformidad con el dictamen pericial, rechazando la pretensión del recurrente en el sentido de que el referido valor fuese fijado con base en el establecido en el expediente expropiatorio administrativo.

3 MÉTODO APLICADO

El perito debe indicar el método aplicado para elaborar su dictamen y describir todas las operaciones periciales realizadas, como son: el objeto o fenómeno en observación; cómo ha llegado a las particularidades del objeto o fenómeno observado; la hipótesis planteada de acuerdo con las normas del método; la comprobación de la hipótesis por experimentación, cuando sea posible; la refutación de la antítesis; por último, las conclusiones.

Igualmente a lo que sucede con relación a los datos utilizados para la prueba pericial, en la concreta aplicación del método se pueden obtener diferentes resultados respecto al mismo objeto de investigación. Por ello también el método utilizado por el perito queda sometido a análisis en la valoración del dictamen. Admitir las conclusiones de un informe pericial significa también reconocer la validez del método y su correcta aplicación¹³². Puede ocurrir que un método unánimemente reconocido como válido por la comunidad científica sea objeto de rechazo del dictamen pericial en virtud de error en las operaciones periciales; así como un método más sencillo de verificación aplicado en un dictamen pueda resultar en mayor fuerza probatoria del dictamen en virtud de la integridad de las operaciones periciales practicadas.

Las operaciones realizadas por el perito en la aplicación del método y su concreta correlación con las particularidades de la demanda pueden ser determinantes en la valoración de la prueba pericial. Teniendo en cuenta la relevancia que pueden tener en la valoración judicial del dictamen, analizamos a continuación los siguientes elementos

contencioso del TSJG, no es suficiente para desechar el fijado en sentencia, esencialmente por cuanto ni lo fijado en vía contencioso administrativa vincula al Juez civil, ni puede compararse el importe por metro cuadrado cuando en el expediente expropiatorio se fija un precio unitario, mientras que el perito ha tenido en cuenta diversos conceptos, varios costes.

¹³² GONZÁLEZ PILLADO e IGLESIAS CANLE concluyen que “el juez concederá prevalencia a las afirmaciones o conclusiones dotadas de una mayor explicación racional sustentada por una metodología adecuada al caso concreto”. GONZÁLEZ PILLADO, E., IGLESIAS CANLE, I., “La prueba pericial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista Xurídica Galega*, n. 27, 2000, p. 344.

del método aplicado por el perito: el medio técnico empleado y las circunstancias actuantes en la aplicación del método (el contacto directo del perito con el objeto de la prueba, el modo y tiempo de realización de las operaciones periciales y su duración).

3.1 Relevancia de los medios técnicos

Los medios técnicos se refieren al conjunto de procedimientos empleados por el perito para poder emitir su dictamen. Estimamos que la valoración de la prueba pericial debe considerar los siguientes aspectos relativos a los medios técnicos: cual o cuales son los medios existentes; si estaban disponibles al perito o si era posible disponer de ellos; cual los medios efectivamente utilizados y si fueron correctamente empleados.

El profesional que tiene compromiso y responsabilidad en su actuación debería utilizar siempre los medios técnicos que ofrezcan mayor seguridad en las operaciones periciales y mayor grado de precisión en sus conclusiones. Para ello debe disponer de los instrumentos o recursos más sofisticados y más actualizados de la actividad que desarrolle; de otro modo, el profesional realizará sus actividades en condiciones desfavorables con relación al profesional que se actualiza regularmente o, incluso podrá no mantenerse en el mercado.

“La disponibilidad de medios técnicos y equipos de análisis constituye un criterio clave para ponderar el valor probatorio de determinados tipos de dictámenes”¹³³. Pero no siempre estos recursos estarán al alcance de las partes, atendiendo a la realidad socio-económica de la ciudad o país de la demanda. Hay que tener en cuenta esta circunstancia, no pudiéndose exigir la aplicación de un medio técnico cuyos costes no sea proporcional con el valor del objeto material de la demanda. Muchas veces sucede que los medios tecnológicos existen pero no están al alcance económico de las partes o, por su raro uso, no corresponda al coste de los honorarios cobrados. En estos supuestos, entendemos que la pericia realizada con los medios disponibles debe ser valorada sin menosprecio por el juez, que debe decidir con los elementos de que dispone. Sin embargo, el dictamen puede perder fuerza probatoria en el caso en que el perito no utilice un recurso tecnológico disponible, excepto que justifique esa opción con fundamento en otros criterios técnicos o científicos.

¹³³ Así FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 403.

Más allá de los medios técnicos existentes, disponibles y efectivamente empleados, el juez debe considerar en su valoración la correcta aplicación de los referidos recursos. El dictamen no va a ser admitido en base al argumento de que el perito haya utilizado la tecnología más avanzada que existe; sino que es importante verificar si dicha técnica fue empleada correctamente. Un ejemplo muy representativo respecto al cuestionamiento de la correcta utilización del método se puede ver en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palmas de Gran Canaria 584/2009 de 23 de noviembre¹³⁴, que desestimó el recurso interpuesto en juicio de reconocimiento de paternidad, basado en una supuesta deficiencia técnica del método empleado en el examen de ADN.

En definitiva, la valoración del dictamen en cuanto a los medios técnicos presupone una secuenciada consideración respecto a la elección y adecuada aplicación del medio elegido por el perito, conforme se estudia a continuación.

Un supuesto para el rechazo del dictamen pericial que puede ser apuntado como decisivo se verifica cuando el perito no toma en consideración los medios técnicos para emitir su dictamen; lo hace únicamente con base en conjeturas subjetivas, como se ha visto en el caso del perito judicial referido en la SAP Burgos 60/2010 de 11 de febrero, ya mencionada; o fundado en informaciones de terceros en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 211/2009 de 25 de junio¹³⁵, en la cual el informe del perito

¹³⁴ **SAP Palmas Gran Canaria (Las) (Secc. 3ª) 584/2009 de 23 de noviembre (Rec.: 279/2009, ponente Morales Mirat).** (Id Cendoj 35016370032009100569). FD 2º: (...) En el presente caso no se aprecia por éste Tribunal que el Juzgador se haya apartado de las reglas de la sana crítica al dar por válidas las conclusiones contenidas en la pericia practicada. El perito afirmó, y dicho extremo no ha sido contradicho con contraprueba, que a partir de enero de 2008 cuando el ADN está degradado el único Kit validado es el empleado en la pericia, el de los 8 marcadores, no pudiéndose emplear el de los 15 marcadores, y que con esos 8 marcadores la probabilidad que le sale es la del 99.90%. No es cierto, como señala la recurrente, que el perito reconociera que sean necesarios 15 marcadores para las pruebas de paternidad, pues, y a preguntas del Juzgador acerca de si ello fuera así la prueba practicada devenía inútil, el perito respondió que normalmente en la prueba de vivos los marcadores son 15 pero cuando los aleos están degradados el único Kit validado internacionalmente es el que realizó y al "no encontrar ninguna exclusión" el hace los cálculos y le da un porcentaje del 99.90 %, incluso, continua diciendo, que dentro del informe no está la madre del actor, que podría haberlo incluido pues tiene los marcadores y no hay ninguna exclusión y la probabilidad iría al 99.99 % pero que no lo incluyó pues no se le había pedido pero que tiene ese valor. Que el informe se haya hecho sobre 8 marcadores no empece, como parece querer dar a entender la apelante, que el resultado de probabilidad no sea el obtenido del 99.9%, pues tal extremo no ha sido refutado con prueba pericial alguna por ello y del mismo modo que el proceso valorativo de la prueba pericial está sólo sujeto a las reglas de la sana crítica, según establece el *art. 348 LEC*, por lo que nada impide al órgano judicial apartarse de su resultado, ningún obstáculo existe para la asunción del mismo, sobre todo cuando es solvente y lógicas sus explicaciones y conclusiones, por lo que ninguna objeción cabe hacer a que el Juzgador a quo haya asumido el contenido del aquí emitido.

¹³⁵ **SAP Tarragona (Secc. 1ª) 211/2009 de 25 de junio (Rec.: 161/2009, ponente Carril Pan).** (Id

arquitecto técnico no proporciona el más mínimo dato técnico en el que se basa su opinión, lo que hace al Tribunal dudar de si se trata de un dictamen pericial o de la somera aportación de la opinión de un tercero. Como se ha señalado anteriormente, lo que diferencia al dictamen pericial de una opinión de un lego en el asunto es exactamente la utilización de los conocimientos técnico-científicos para la aportación de las conclusiones; si el perito echa mano del uso de los medios técnicos adecuados para emitir su dictamen o si utilizándolos no deja constancia, muy probablemente provocará la ineficacia probatoria y el consecuente rechazo de su trabajo.

También podríamos plantear la hipótesis de que el perito utilice los conocimientos que posea y los medios técnicos de que disponga para la emisión de su dictamen, pero en virtud de otras circunstancias -como no ser especializado en la materia o de la inadecuación de los recursos técnicos de que dispone-, sus conclusiones no sean las más adecuadas sobre el objeto investigado. Además, una segunda prueba pericial producida

Cendoj: 43148370012009100206). FD 2º: La apelación no hace más que tratar de imponer el resultado probatorio proporcionado por la prueba pericial por ella incorporada a la litis, prueba que señala que: aun debiendo conocer que el muro no trabajaba correctamente sin el forjado de cierre se tomó la decisión, por parte de la dirección facultativa, de comenzar a rellenar el trasdós, lo que supuso una carga adicional sobre el muro, que hasta ese momento no soportaba más carga que la de su propio peso, que provocó la deformación y rotura del muro en la parte central de su base. Así pues, la rotura del muro se ha producido por someterlo a unas cargas para las que no estaba calculado en las condiciones en que se encontraba, sin el forjado de cierre, correspondiendo la dimisión a la dirección facultativa según me ha confirmado el arquitecto técnico. Más adelante añade que el diseño y cálculo del muro es correcto y por tanto su rotura no se produce por error por parte del calculista ni del arquitecto en la fase de diseño. El muro se construyó de forma correcta. El muro se rompe al someterlo a unos esfuerzos superiores a los que puede resistir en el estado constructivo en que se encontraba la obra, al proceder a rellenar el trasdós del muro en el momento inadecuado. Partiendo del referido dictamen, confeccionado sin prueba técnica alguna y sin base mayor que la de una mera opinión de un ingeniero técnico industrial, tasador de compañía de seguros, lo único que cabe concluir es que como opinión es aceptable e incluso resulta lógica, pero incurre en imprecisiones falta de fundamentación técnica y de coherencia impropias de un dictamen pericial, el cual no tiene fuerza probatoria por incorporar una opción sino por proporcionar las razones de ciencia que explican y fundamentan sus conclusiones, pues si el muro es correcto en su diseño y cálculos se impone pensar que lo era para soportarse a sí mismo y para recibir el relleno del trasdós previsto, y si así no era el perito debió señalar cuáles fueron las incorrecciones técnicas cometidas en esa inadecuación y cuales las reglas de la *lex artis* infringidas, pues, tal y como señala la parte apelada, si todo se debió a un error no culpable, ello cae dentro del ámbito del accidente cubierto por el seguro a todo riesgo, y si el muro era correcto en su cálculo y construcción es preciso decir para que era correcto y para que no, y cuáles eran los defectos o incorrecciones técnicas que lo hacían incorrecto para el fin a que estaba destinado, aparte de que la referencia a la manifestación del arquitecto técnico de la obra lleva a la duda de si el perito está expresando su dictamen o transmitiendo la opinión de un tercero, lo que es impropio de la prueba pericial, la que ha de basarse en las propias apreciaciones y pruebas que fundamenten su dictamen, y en caso de autos no se aporta la más mínima descripción de las características del muro, salvo su altura y longitud, ni se proporciona el más mínimo dato técnico que soporte la opinión vertida, que como tal tiene idéntico valor a la contraria opinión del perito de la parte actora, también infundada, lógica y de un profesional con idéntica titulación y dedicación, por lo que se impone el rechazo de la apelación.

en la instancia superior -con los medios técnicos necesarios- puede arribar a una conclusión más acertada. En este sentido se puede citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 226/2008 de 25 de julio¹³⁶. Dicha resolución rechazó el dictamen del médico forense considerando que él no era especialista en psiquiatría y no sometió al paciente a un examen riguroso, como lo hicieron los dos facultativos de la diligencia final acordada por el Tribunal, que incluso realizaron pruebas de diagnóstico omitidas por el médico forense.

3.2 Circunstancias del método

Merece destacarse la importancia del *contacto directo del perito con el objeto material de la prueba pericial*; en determinados tipos de pericia es imprescindible, como en las evaluaciones personales, de un coche o de una obra. La realización del contacto directo permite al perito observar el objeto con todas sus características, extraer del referido objeto su principio o principios individualizados, establecer su hipótesis y comprobarla mediante experimentación para poder sacar sus conclusiones.

“En la medida de lo posible, el perito debe analizar directamente y de propia mano el objeto, cosa, estado o persona objeto de pericia, ya que es máxima de experiencia común que la intermediación en la percepción propicia más el error que la inmediación”¹³⁷. Estas operaciones pueden determinar la emisión de un dictamen más

¹³⁶ **SAP Asturias (Secc. 6ª) 226/2008 de 25 de julio (Rec.: 134/2008, ponente Riaza García).** (Id Cendoj: 33044370062008100203). FD 2º: (...) Sin embargo la situación cambia radicalmente con el resultado de la diligencia final acordada por este tribunal y ello porque el dictamen emitido el 10 de julio de 2.008 por el servicio de psiquiatría del Hospital San Agustín de Avilés cuenta con el valor añadido de ser suscrito por dos facultativos, ambos con una especialidad médica de la que carecía el médico forense, y sobre todo tras la realización de un examen inequívocamente más riguroso del paciente, siquiera sea por la amplitud en el tiempo de la observación y la realización de pruebas de diagnóstico omitidas por aquel; ese segundo informe del servicio de psiquiatría del Hospital San Agustín de Avilés indica que el paciente conserva intacto su juicio crítico y entiende el alcance de sus actos, por más que su forma de relacionarse consigo mismo y con los demás sea indicativa de un trastorno de personalidad que en ningún caso es asimilable a una enfermedad o deficiencia ni le impide el gobierno de su persona y bienes. Resumiendo, pese a los indicios a que antes hicimos mención, a la vista del informe médico antes mentado este tribunal no puede considerar acreditada la causa de incapacitación invocada en la demanda, de modo que, hoy por hoy y atendidas las reglas del onus probandi establecidas en el artículo 217 de la LEC, procede desestimar la demanda, cuanto más que el Ministerio Fiscal ha mudado de posición y al hacer las alegaciones correspondientes al resultado de dicha diligencia final, manifestando expresamente que desiste de su pretensión y de la oposición planteada en principio al recurso de apelación interpuesto por el defensor judicial del presunto incapaz.

¹³⁷ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 400.

razonado que otro, elaborado únicamente a partir de elementos secundarios del objeto material en análisis, como pueden ser las informaciones documentales o la verificación a través de otro objeto con características semejantes.

Por ello suele darse mayor fuerza probatoria al dictamen emitido por el perito que mantuvo contacto directo con el objeto material de la pericial que al informe basado exclusivamente en datos secundarios. Como ejemplos concretos se puede citar las siguientes sentencias anteriormente citadas: SAP Álava, Sección (Secc.) 1ª, 149/2006 de 24 de Julio, en la cual prevaleció el dictamen emitido por el perito que, entre otras operaciones, observó el estado general de conservación del vehículo sobre el informe emitido por el otro perito que no examinó el coche directamente y se basó en otras otras informaciones, como la consulta a tablas y a algunos talleres; SAP Pontevedra (Secc. 1ª) 331/2009 de 9 de julio de 2009, que consideró preponderante el dictamen emitido por el perito que conoció personalmente a la lesionada. Igualmente se constituyen ejemplos de la relevancia del contacto del perito con el objeto de la prueba: la SAP Murcia 263/2003 de 9 de septiembre¹³⁸, que reputa más fiable el dictamen emitido por el perito que visitó personalmente la obra, por contar con más y mejores elementos de juicio; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria 183/2006 de 17 abril¹³⁹, que,

¹³⁸ **SAP Murcia (Secc. 1ª) 263/2003 de 9 de septiembre (Rec.: 268/2003, ponente Castaño Penalva).** (Id Cendoj 30030370012003100370).FD 2º: (...) d) Construcción de mureta y derribo de medianería (1.354 #). La Juez a quo rechaza el pago del primer concepto, porque ya viene incluido en la obra inicial, y acepta el segundo, que pondera, siguiendo criterios de equidad, en 200 #, suma comprendida entre la propuesta por el perito de la actora -284,20 #- y el de la demandada -170,52 #. Los recurrentes entienden que el importe de las obras de medianería debe reducirse a la suma propuesta por su perito, que visitó personalmente la obra, a diferencia del de la actora, ello unido a que en la demanda monitoria aquélla manifestó que no reclamaba nada por la construcción de una medianería. Este Tribunal coincide con la parte recurrente que la valoración efectuada por su perito parte de una premisa de fiabilidad superior a la del demandante, pues aquél, a diferencia de éste, cuenta con más y mejores elementos de juicio al haber observado directa y por sí mismo la obra (14:26:30 y 14:23:00), delimitando la parte ejecutada por Elosan Albañiles, S.L.L., de la que llevaron a efecto el albañil y los restantes oficios que la culminaron, de ahí que su dictamen deba prevalecer en este extremo, fijando la Sala esta partida en 170,52 #. Por otro lado, las alusiones a la no reclamación de cantidad alguna por la medianería hay que entenderlas referidas a su "construcción", no al "derribo", que es lo que aquí se postula Recurso de la demandante sobre la valoración y cuantificación del daño.

¹³⁹ **SAP Las Palmas de Gran Canaria (Secc. 4ª) 183/2006 de 17 de abril (Rec.: 640/2004, ponente Simón Rodríguez).** (Id Cendoj: 35016370042006100170). FD 4º: (...) Valorados los distintos informes y las explicaciones que sus autores dieron en el juicio, ha de prevalecer a juicio de este Tribunal las conclusiones del perito de la actora apelante Sr. Luis Pablo, no sólo por cuanto fue este el único técnico de los tres que tuvo ocasión de proceder a la inspección directa de los daños, no así los otros dos, el del perito del codemandado Sr. Luis María y el de designación judicial, quienes para emitir sus respectivos informes sólo tomaron en cuenta en el primer caso, la documentación obrante en autos y en el caso del perito judicial el informe del Sr. Luis Pablo, así como los estudios de la entidad AIMEN, sino también por la mayor

entre otros fundamentos, entendió la prevalencia del dictamen emitido por el perito que procedió a la inspección directa de los daños, a diferencia de los demás que se basaron en documentos obrantes en autos y otros estudios.

En algunos tipos de pericias suele ser relevante *el modo en como se procede a las operaciones periciales*, puesto que ello puede reflejarse en las conclusiones del dictamen. Como muestra se puede citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 183/2008 de 14 de marzo¹⁴⁰, que admite mayor fuerza probatoria al dictamen del perito de la actora que efectuó la medición del ruido desde el balcón del tercer piso de una de las viviendas afectadas, mientras que el efectuado por el perito de la demandada fue hecha a pie de fachada; dicha resolución consideró la mayor precisión en la medición de sonoridad del referido dictamen por estar en línea recta con la discoteca de la demandada y porque proporcionó la doble medición, ambiental y derivada del local. En otro supuesto determinante en cuanto al modo de realización de las operaciones periciales, la Sentencia 8/2010 de 7 de enero de la Audiencia Provincial de Lleida¹⁴¹, que confiere más fuerza probatoria al dictamen emitido por el perito que

exhaustividad y precisión de sus explicaciones al contestar a las aclaraciones que le fueron formuladas por las partes, sin que por otra parte se haya apreciado por esta Sala razón alguna para cuestionar su imparcialidad a la hora de emitir el informe, máxime cuando ni siquiera fue realizado a instancia de la apelante.

¹⁴⁰

SAP Barcelona (Secc. 14ª) 183/2008 de 14 de marzo (Rec.: 16/2007, ponente Agulló Berenguer). (Id Cendoj: 08019370142008100172). FD 4º: (...) 4. La medición realizada por el perito de la actora se efectuó desde el balcón del tercer piso de una de las viviendas afectadas, mientras que el efectuado por el perito de la demandada fue hecha a pie de fachada y su resultado fue sólo de sonoridad ambiental a diferencia del de la actora que hace la doble medición, ambiental y derivada del local. Explica la perito en el acto del juicio que su medición se corresponde al ruido proveniente de la discoteca de la demandada porque está en línea recta y no existe obstáculo alguno entre su establecimiento y las viviendas de los actores a diferencia de lo que ocurre con los otros establecimientos de la zona. En definitiva, la medición realizada por el perito de la parte actora se ajusta más al protocolo del Anexo III.2 de la Ordenanza General de Medio Ambiente de Barcelona que el que realizó el perito del demandado. El resultado de la medición, en diferentes tiempos y en un espacio de 3 horas dio un resultado de 58,4 dB de media al que se ha de sumar 5 dB (Anexo III.2) por el tipo de actividad, lo que da un total sonido de 63,4 dB que supera el límite nocturno de la zona que es de 60 dB. Por lo expuesto, correspondía a la parte demandada, y no lo ha hecho, acreditar que el exceso de sonido no provenía de su establecimiento sino de otro u otros de la zona, lo que se limita a sugerir como motivo de defensa pero sin apoyatura probatoria alguna cuando lo tenía fácil por ejemplo aportando informe de medición del Ayuntamiento en esas fechas de su propio local. Por otra parte, el argumento de que el exceso de ruido se prolonga durante el tiempo en que ya se ha cerrado su local tampoco sirve para acreditar el cumplimiento de la normativa por su parte. Primero porque, como hemos apuntado anteriormente pueden ser varios locales los que sobrepasen el límite en la misma franja horaria (es decir, cuando la disco del demandado está en funcionamiento) y en segundo lugar, que no ha logrado acreditar que cumple la normativa de cierre a las tres de la madrugada porque en tal sentido sólo aportó el testimonio de tres clientes del bar que no acuden todos los días a su establecimiento.

¹⁴¹

SAP Lleida (Secc. 2ª) 8/2010 de 7 de enero (Rec.: 140/2009, ponente Montell García). (Id

verificó el equipo y efectuó importantes estudios respecto a su funcionamiento que el informe elaborado por el perito que no inspeccionó previamente el referido equipo.

De acuerdo con la naturaleza de la pericia, *la proximidad temporal de las operaciones periciales con los hechos* también puede ser determinante a la hora de que el juez fije el dictamen más valorado, considerando la posibilidad que, con el pasar del tiempo, desaparezcan o se alteren las huellas, vestigios u objetos que se pretenden acreditar con la prueba¹⁴². En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 438/2001 de 10 de julio¹⁴³, consideró ineficaz el dictamen porque las operaciones periciales fueron realizadas más de un año después del siniestro, momento en ya no podría afirmarse si los elementos de cobertura del pavimento correspondían a los efectivamente dañados. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de julio de 2005¹⁴⁴, que admite la mayor fuerza probatoria al dictamen emitido

Cendoj 25120370022010100017). FD 2º: (...) Pero además, debe añadirse que el dictamen elaborado por Don. Nazario se basa en una visión parcial, no en el sentido de parcialidad o falta de objetividad, si no en el sentido que los elementos de juicio de los que dispone para emitir su parecer no son completos. Así, y como él mismo admitió, para confeccionar su dictamen no inspeccionó previamente el equipo, a pesar de tener la autorización del Juzgado, lo cual fue debido, según dijo, a un mal entendido. A ello se añade que al no hacerlo no pudo acceder, y por tanto no tiene en cuenta, al contenido de un archivo informático del software del equipo, archivo "logs", en el que quedan registrados los avisos de incorrecto funcionamiento que efectúa el sistema informático, y en el que quedaron registrados hasta un total de 130. En cambio, el perito Don. Lorenzo efectúa un importante estudio de esos avisos de incidencias, así como de los "tunings" o chequeos del sistema, y, en fin, de los cromatogramas obtenidos, valorándolos no sólo en cuanto a su correcto funcionamiento técnico, sino también desde la perspectiva de sus resultados desde un punto de vista de analista químico, en cuanto a su adecuación, utilidad y buen funcionamiento desde esa perspectiva química que era, a la postre, la finalidad pretendida con el equipo y para la cual fue concebido por el fabricante y adquirido por LAICONA, y que no es otro que la realización de análisis químicos válidos, fiables y completos, de los componentes químicos del agua destinada para el consumo humano.

¹⁴² ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 149.

¹⁴³ **SAP Cantabria (Secc. 4ª) 438/2001 de 10 de julio (Rec.: 405/2001, ponente Saiz Leñero).** (Id Cendoj: 39075370042001100533). FD 3º: (...) Y, por último, las especificaciones del informe pericial emitido en los autos, no conllevan eficacia alguna para ser opuestas, con éxito, a las anteriores probanzas; pues dicho informe fue realizado más de 1 año y 3 meses después de que ocurriera el siniestro y de que fuera adquirida la nueva moqueta para reemplazar a la anterior siendo sintomático, a este respecto, que el Perito ponga de manifiesto que sobre el "pavimento se muestran restos de pegamento de la anterior existencia de moqueta o esterilla puntualmente pegada" (SIC), dato indicador de que allí hubo una moqueta, que pudo ser la que resultó dañada, o bien la colocada con posterioridad, y que, cuando el Perito llevo a cabo su visita a la vivienda, podría haber sido ya sustituida por nuevos elementos de cobertura del pavimento. De cualquier modo, como se deja dicho, los datos del dictamen pericial no ofrecen términos hábiles para desdecir el siniestro, las causas y consecuencias de éste, la adquisición de la moqueta de reemplazo, y el pago de dicho elemento por la entidad aseguradora reclamante, en virtud de la póliza, "ad hoc", concertada con la dueña de la vivienda.

¹⁴⁴ **SAP Valencia (Secc. 7ª) de 11 de julio de 2005 (Rec.: 407/2005, ponente Ibañez Solaz).** (Id Cendoj 46250370072005100414). FD 1º: (...) Ciertamente que en la causa existe un **dictamen**

por el médico forense por haber sido realizado con mayor proximidad a los hechos; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora 1/2010 de 11 de julio¹⁴⁵, que consideró

pericial elaborado por el médico Sr. Carlos Alberto, Máster en Valoración Médica del Daño Corporal, sin que dudemos de su cualificación para el mismo. Ahora bien, dicho informe se practica en fecha 25-2-2002, a la vista de la lesionada y de la documentación que le exhibe, consistente en los documentos sobre su asistencia, el informe Forense y el Informe del HGU de 10-6-2001. En el mismo aparte de la talalgia o dolor en tobillo fija como secuelas un edema postraumático, limitación de los movimientos del tobillo y perjuicio estético ligero. De otro lado el Médico Forense, Dr. Juan Luis, emitió su informe en fecha 15-9-2000 en el seno del Juicio de Faltas que se siguió y que acabó con la condena del asegurado en la demandada, si bien la parte actora se había reservado la acción civil. En este Informe el Forense da la misma incapacidad de 137 días impeditivos y 7 de estancia hospitalaria, pero solo recoge como secuela la talalgia. Partiendo de que el accidente acontece en fecha 1-4-2000, no puede dudar de una mayor proximidad con los hechos del dictamen Forense, que se emite tras examen de la lesionada. En aquel momento solo se le apreció la secuela de la talalgia y tal como explicó en el acto de la vista a presencia de este Tribunal, no encontró motivo para apreciar ninguna otra. No podemos dudar de que dada la preparación técnica y experiencia continuada del Forense en este tipo de casos y lesiones, su valoración tras los hechos nos produce un mayor convencimiento que la efectuada dos años después por el perito de la actora, que liga al inicial accidente y secuela un edema postraumático en el tobillo y una limitación de su movilidad que no especifica, máxime su profesión de peluquera y la gran cantidad de tiempo en que se permanece de pie. Ciertamente que el perito ha tenido a la vista un informe clínico del HGU de fecha 10-7-2001 y un informe de una ecografía Doppler practicada en 13-2-2002, sin embargo el primer informe no es concluyente respecto al edema, pues refiere un ligero edema maleolar que va aumentando durante el día, pero sin aseverar su relación de causalidad con la inicial talalgia reconocida. Tampoco el segundo informe es concluyente para sentar la referida secuela, y en consecuencia la necesidad de media de comprensión no puede ser valorada como secuela consecuente. A ello añadir el largo periodo de tiempo que transcurre, desde la inicial alta Forense en 15-9-2000 y la siguiente visita médica acreditada de la lesionada al HGU en fecha 10-7-2001 (casi un año después) sin que se acredite que en este largo plazo de tiempo persistiesen otras molestias dimanantes de la talalgia o su agravación, lo que hace pensar en la posibilidad no desvirtuada de que las nuevas secuelas sean consecuencia de su profesión, que la obliga a permanecer de pie de modo prolongado) y no de aquélla talalgia. Conforme a lo anterior la indemnización por secuelas que corresponde a la lesionada partirá del informe forense antes citado y será de los 5 puntos que allí se reconocen.

145

SAP Zamora (Secc. 1ª) 1/2010 de 14 de enero (Rec.: 385/2009, ponente García Garzón). (Id Cendoj 49275370012010100001). FD 1º: (...) Queda, pues, por analizar los dos dictámenes periciales, debiendo destacar un dato fundamental, que parece querer desconocer el recurrente y que ha sido valorado de forma destacada, y con razón, por el Juzgador de Instancia: El perito de la parte demandada visitó la obra el lunes, día 6 de octubre, es decir tres días después de la paralización, dos de los cuales, sábado y domingo, era de descanso, por lo que no es ningún absurdo concluir que cuando el perito vistió la obra ésta estaba tal y como la dejaron paralizada el viernes día 3 de octubre y, por consiguiente, está en mejores condiciones de dictaminar sobre el volumen de reforma ejecutada y la que quedaba pendiente de ejecutar, pues, además, era el que había realizado el proyecto de ejecución. En cambio el perito de la parte demandante cuando realizó la segunda visita, el lunes 20 de octubre, pues en la primera visita, el día 17 de octubre, no tuvo la oportunidad de ver la obra de cerca, ya había transcurrido diez días desde la paralización constando que ya estaban trabajando los operarios del demandado, por lo que, pese a su conocimiento técnico, el estado en que estaba la obra en el momento de su paralización y, por tanto, la obra que quedaba pendiente de ejecutar en dicho momento de acuerdo con el contrato de ejecución de obra, sólo podía conocerla indirectamente, bien por lo que le dijeran otras personas, en este caso se lo dijo el propio actor, bien, si hubiera existido, que no es el caso, por el examen de la documentación gráfica de su estado. De donde se infiere que su dictamen carece de valor probatorio suficiente para contradecir el dictamen del otro perito, quien concluyó que el porcentaje de mano de obra ejecutada en el momento de la paralización de la obra era del 45%, que correspondía la mayor parte en ejecutar los remates de las partidas.

fundamental a la hora de valorar el hecho de que, para la emisión del dictamen, el perito haya visitado la obra tres días después de la paralización, mientras que el otro perito sólo visitó la obra diez días después de dicha paralización, cuando los operarios del demandado ya estaban trabajando.

Por otro lado, hay pericias que exigen un lapso temporal más largo, un mayor plazo de observación del fenómeno para que se puedan alcanzar conclusiones más acertadas o más adecuadas a las particularidades de la demanda. Los exámenes de verificación de sanidad mental pueden servir de ejemplo de pruebas periciales que requieren una evaluación continuada de su objeto, conforme se observa en la SAP Asturias (Secc. 6ª), 226/2008 de 25 de julio, anteriormente citada. Otra hipótesis de medio técnico que requiere un lapso temporal más dilatado de observación se verifica en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 2/2010 de 21 de enero¹⁴⁶, que rechazó el dictamen emitido por el perito que atendió a la víctima en el día del accidente y sólo volvió a tener contacto con ella ocho meses después; y admitió los otros dos dictámenes teniendo en cuenta los principios de especialidad, proximidad y objetividad.

Se admite también que la continuidad de la actuación profesional del perito con el objeto de la prueba sea anterior a la demanda, desde que ello no se configure en un motivo de recusación del perito judicial o, en el caso del perito de parte, la concurrencia de una circunstancia de tacha no proporcione la actuación parcial del perito. Así se puede ver en la SAP Madrid 90/2010 de 19 de febrero¹⁴⁷, que admitió fuerza probatoria

¹⁴⁶ **SAP Málaga (Secc. 9ª) 2/2010 de 21 de enero (Rec.: 125/2009, ponente Santos Peñalver).** (Id Cendoj 28079370092010100088). FD 3º: (...) En el caso de autos, se considera correcta la opción del juzgador de instancia de atenerse a los informes periciales aportados por la parte actora en atención a los principios de especialidad, proximidad y objetividad. En cuanto que uno de ellos viene representado por el informe emitido por el especialista en traumatología que atendió a la actora inmediatamente después de sufrir el accidente, en concreto tres días. Y, el otro refleja las consideraciones del perito designado judicialmente. En cambio, el informe médico en que se fundamenta la parte demandada es el realizado por el médico que atendió a la víctima el día de los hechos sin que volviera a tener contacto con la paciente hasta transcurridos ocho meses.

¹⁴⁷ **SAP Madrid (Secc. 7ª) 90/2010 de 19 febrero (Rec.: 150/2009, ponente Pereda Laredo).** (Id Cendoj 28079370092010100088). FD 3º: La perito de la parte actora apelada Dª Carla (que emitió el dictamen acompañado a la demanda como documento nº 2) afirmó en el juicio que el hundimiento del suelo del piso NUM001, el de la actora, no puede tener relación con la demolición de tabiques en el piso 1º, porque debajo de la zona de mayor hundimiento del suelo del piso NUM001 no había ningún tabique; por eso concluye que fue el mal estado del forjado el que determinó ese hundimiento, como así afirma en su dictamen pericial. También aseguró en el juicio que los daños no derivan de las obras de reparación del forjado, sino que aquéllos preexistían a tales obras, y que tales daños hubieran aparecido aunque no se hubiera realizado obra alguna en el piso 1º, ya que las viguetas estaban podridas. El arquitecto D. Luis Antonio, que participó en las obras de reforzamiento del forjado y es uno de los dos firmantes del

al dictamen emitido por el arquitecto que participó en las obras de reforzamiento del forjado, realizado con anterioridad a la incoación de la demanda, motivo por lo cual pudo declarar en juicio que los trabajos previos de demolición de tabiques realizados en el piso 1º fueron la causa del hundimiento del suelo del piso Número 1, porque fue hecho sin control técnico de un arquitecto.

4 INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LAS ACTIVIDADES PERICIALES DE RECONOCIMIENTO

4.1 Características de la intervención

De conformidad con lo previsto en el artículo 345 LEC, apartados 1 y 2, las partes pueden solicitar al juez estar presentes en las operaciones periciales que requieran el reconocimiento de lugares, objetos o personas o la realización de algún procedimiento análogo.

Dos cuestiones merecen ser destacadas:

- 1ª) el artículo comentado garantiza la presencia de las partes a las operaciones periciales de reconocimiento, *no su intervención* como indica el título del artículo;
- 2ª) por el contrario el apartado primero prohíbe expresamente a las partes y su abogado cualquier actitud que pueda imposibilitar o dificultar la actividad del profesional.

Ello significa que, durante el reconocimiento, no se puede intervenir en la actuación del perito. Y este es el motivo por el que no hay previsión para que las partes y su abogado comparezcan acompañados de otro profesional¹⁴⁸. Hasta se podría imaginar la

documento nº 1 de la demanda, afirma sin dudas que el forjado estaba en mal estado, pero señaló en su declaración en el juicio que los trabajos previos de demolición de tabiques realizados en el piso 1º fueron la causa del hundimiento del suelo del piso NUM001, siendo un error que se hicieran sin control técnico de un arquitecto; aseguró que al derribarse los tabiques se producen desprendimientos de elementos adheridos (tuberías, cables, falso techo) y éstos son arrastrados, todo lo cual provoca o contribuye a ese hundimiento, teniendo también incidencia la propia mecánica de la demolición, que implica labores manuales de golpeo que influyen en la causación de los daños en el piso superior.

¹⁴⁸ **SAP Tarragona (Secc. 3ª) de 10 febrero de 2004 (Rec.: 365/2003, ponente García Medina).** (Id Cendoj: 43148370032004100020). FD 1º: (...) Y a tal respecto, y no siendo atendibles las irregularidades denunciadas en relación a la práctica de la prueba pericial no cabe otra decisión que su desestimación; pues como ya se expusiera por esta Sala en el auto de 27-10-03 dictado

comparecencia de un técnico de la parte en carácter informal, pero, igualmente las partes y abogados, no podrán opinar u obstaculizar la operación.

Subrayamos también que la responsabilidad y control de la operación pericial de reconocimiento es del profesional que va a emitir el dictamen, cabiendo a las partes y abogados presentes al acto no impedir ni estorbar la labor del perito. En virtud de esta restricción, entendemos que el título del artículo “operaciones periciales y posible intervención de las partes en ellas” no representaría exactamente el limitado contenido de su participación en dicho reconocimiento. En este sentido, consideramos que no se debe exigir la presencia del juez en el reconocimiento, teniendo en cuenta que: 1) se trata de una actuación pericial que no se confunde con la prueba de reconocimiento judicial del artículo 353 LEC, que tiene distintos objeto, finalidad y procedimiento; 2) porque debe ser dirigida por el perito que va a suscribir el dictamen.

4.2 Alcance de la norma

No estamos de acuerdo con la posición doctrinal que vincula la intervención de las partes en las operaciones periciales de reconocimiento de lugares, objetos o personas al dictamen a cargo del perito designado por el tribunal¹⁴⁹. Consideramos que dicha intervención de las partes se aplica tanto al dictamen practicado por el perito de designación judicial cuanto al realizado por el perito designado a instancia de parte, cuando sea posible.

Sobre el tema, el sistema dual de aportación de dictámenes al proceso conduce al siguiente razonamiento: si la parte interesada dispone del lugar, objeto o persona que debe ser sometida al reconocimiento para la emisión del dictamen podrá proceder la operación pericial con independencia de la autorización judicial y sin que la parte

como consecuencia de la denegación de la pretensión probatoria deducida en esta alzada, ninguna infracción puede estimar- se cometida "porque se procediera a la designación judicial de perito y no al nombramiento del propuesto por la ahora apelante, tras mostrar su disconformidad con éste la otra parte, ex art. 339.4 L.E.C., ni porque no se le permitiere estar presente en la operación pericial con un técnico, cuando amén de que el art. 345 L.E.C. sólo prevé la presencia de las partes y de sus defensores, no de terceros, en este caso la parte no solicitó estar presente de acuerdo a lo dispuesto en el art. 345.2 L.E.C.

¹⁴⁹ En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS sostiene que “para los casos de dictamen a cargo del perito designado por el tribunal, prevé el art. 345 LEC la posibilidad de intervención de las partes en las eventuales operaciones que el perito haya de realizar”. DE LA OLIVA SANTOS, A., y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil...*, cit., p. 409.

contraria y/o su abogado esté presente. La facultad procesal conferida a las partes para aportar dictámenes con la demanda o con la contestación implica que no se exige un previo control judicial de las actividades periciales, así como en el reconocimiento de que la parte contraria no tiene derecho a intervenir en dichas actividades.

De otro modo y aún con relación al dictamen practicado por el perito designado a instancia de parte, la intervención en las actividades periciales va a ser posible en las hipótesis en que la parte interesada en la emisión del dictamen no disponga de acceso al lugar, cosa o persona que deba ser objeto del reconocimiento. En este caso, deberá solicitar autorización al juez para acceder a ella; y, para ello la parte contraria puede solicitar por escrito al juez poder estar presente en dicha operación pericial.

4.3 Actuación pericial de reconocimiento y valoración del dictamen

De conformidad con la última parte del artículo 345.1. LEC, el objetivo de la actuación de la parte contraria y su abogado en la operación de reconocimiento es garantizar el acierto e imparcialidad del dictamen. Dichos conceptos –acierto e imparcialidad (en el fondo objetividad)-, se encuentran directamente vinculados a la actividad judicial de valoración. El legislador confiere a la parte interesada una especie de poder-deber de acompañar esa operación del perito de la parte contraria.

A pesar de la expresa prohibición de injerencia en el reconocimiento pericial - representada por la imposibilidad de impedir o estorbar la labor del profesional-, consideramos que la presencia de la parte y su abogado en dicha operación, no se satisface con una actitud meramente contemplativa. Entendemos que ellos pueden hacer apuntes y registros de la actuación a efectos de comprobar eventuales errores o inadecuaciones en el trabajo del perito. La verdadera y posible intervención de la parte en las operaciones periciales -incluso la de reconocimiento-, debe ocurrir en la actuación del perito en el juicio o la vista, prevista en el artículo 347 LEC. La presencia en la actuación de reconocimiento es asegurada precisamente para que se pueda disponer de elementos suficientes para cuestionarla en su debido momento procesal. El contradictorio respecto a la prueba pericial transcurre en el juicio o en la vista y no en el momento de una actuación pericial. Admitir la intromisión cuando el profesional esté realizando su trabajo no contribuye a la clarificación del objeto de la pericia y puede resultar en una innecesaria discusión entre partes, abogados y perito.

La presencia de las partes y su representante legal en la operación pericial de reconocimiento de lugares, objetos o personas debe ser expresamente solicitada por el interesado y su carácter facultativo indica que su ausencia, por si sola, no es capaz de provocar la ineficacia del reconocimiento o minimizar la fuerza probatoria del dictamen¹⁵⁰.

La presencia de la parte puede ser fundamental en la valoración del dictamen en aquellas hipótesis en que su emisión dependa del reconocimiento corporal de una de ellas. La estrategia procesal utilizada puede tener implicaciones significativas en la valoración del informe en dos hipótesis: cuando la parte interesada en la prueba pericial no solicite al juez la comparecencia personal de la que debe ser examinada; o cuando la parte a ser sometida al examen no comparezca a la actuación pericial designada.

Si el objeto de la pericia requiere *el reconocimiento corporal de una de las partes de la demanda*, es imposible que la otra pueda tener acceso a ello sin una previa determinación judicial; en el caso, la no comparecencia de la parte a la operación pericial designada puede resultar en perjuicio a sus pretensiones. Conforme la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 313/2004 de 24 mayo¹⁵¹, que, considerando

¹⁵⁰ **SAP Álava (Secc. 2ª) 34/2004 de 4 marzo (Rec.: 22/2004, ponente Guerrero Romeo).** (Id Cendoj: 01059370022004100198). FD 1º: (...) Es cierto que el perito no comunica al Juzgado su intención de acudir a la sede del banco para verificar la documentación examinada y los medios informáticos, sin embargo, del precepto ya mencionado no se deduce que sea obligatorio, en todo caso afirma el art. 345 que las partes «podrán» presenciar la labor del perito y el tribunal en este caso decidirá lo que proceda. El precepto deja al tribunal la decisión sobre la presencia de las partes junto al perito cuando este se traslade a un lugar concreto para el examen de documentos u objetos, caso de no hacerlo la parte no queda en indefensión, partimos del hecho de que el perito es un profesional, imparcial y objetivo cuya única misión es realizar el trabajo encomendado, que realiza su trabajo de forma independiente aún cuando perjudique a una de las partes. En este caso el perito tiene en cuenta los documentos presentados junto a la demanda y contestación, los examina, los verifica en la propia entidad bancaria y los complementa con otros y con los medios informáticos allí encontrados, de su labor y del traslado a la sede del banco no deducimos indefensión alguna para la parte actora, el hecho de que el actor o su defensor hubiesen acudido al banco junto al perito no hubiese modificado o alterado el informe pericial que se basa en los documentos y datos informáticos examinados, inalterables aún cuando la parte actora hubiese estado allí presente, las conclusiones del perito son firmes al respecto, por todo ello no procede estimar el motivo de recurso.

¹⁵¹ **SAP Barcelona (Secc. 16ª) 313/2004 de 24 mayo (Rec: 928/2003, Ponente Seguí Puntas).** (Id Cendoj: 08019370162004100259). FD 5º: (...) El artículo 345 LECiv regula el reconocimiento de lugares, objetos o personas como trámite integrante de la pericia de designa judicial, pero ello no convalida en modo alguno el razonamiento de la recurrente conforme al cual, a contrario sensu, dicho reconocimiento corporal no es extensible a las periciales extrajudiciales. Ello en absoluto es así puesto que toda pericia, desarrollada por peritos de parte o de designa judicial, no persigue sino la valoración de «hechos o circunstancias relevantes» (art. 335.1 LECiv); de ahí que en los supuestos –como el aquí enjuiciado– donde el cuerpo de cualquiera de los litigantes constituye el objeto de controversia, dicho sujeto ha de tolerar el reconocimiento de su propio cuerpo también por el perito designado por la contraparte. Sólo la acreditación –no ya la mera

desleal la oposición de la demandante en ser examinada por el perito de la demandada, juzgó arruinada las premisas del dictamen emitido con la demanda y reputó que la gravedad del daño era mucho menor de lo postulado en la inicial.

De otro modo, también se podría razonar la ineficacia probatoria del dictamen -que exija reconocimiento corporal de parte-, cuando la parte que designe el perito no requiere al juez la designación de la imprescindible actuación de reconocimiento; conforme se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 392/2008 de 9 de octubre¹⁵².

En definitiva y con independencia de que la parte sea objeto material de la pericial, la presencia de las partes en las operaciones periciales de reconocimiento podrá provocar implicaciones en la valoración del dictamen cuando resulta acreditado error, abusos o inadecuaciones en la actuación del perito en la citada operación.

invocación, aquí ni siquiera intentada por María Rosa– de una causa razonable justificativa de la oportuna reserva le relevaría de tal deber (valga reproducir aquí el debate abierto acerca de las pruebas biológicas en los procesos de filiación, cuya regulación se contiene en el artículo 767.4 LECiv). Es evidente por otro lado que los razonamientos que anteceden han de servir para el rechazo de la denuncia del derecho a su intimidad formulada por la apelante María Rosa en relación con el reconocimiento personal de que fue objeto por el perito psiquiatra Joaquín a mediados de 2003. La consecuencia de la injustificada resistencia por parte de Teresa a ser examinada por la cirujana Lidia no puede ser otra que la de recelar de que el estado actual de aquélla se corresponda con el apreciado por Don Víctor, lo que a su vez refuerza la tesis del demandado conforme a la cual la pérdida del pezón izquierdo dista de ser irreversible. En efecto, admitamos que el estado de la mama izquierda de María Rosa en abril-mayo de 2002 fuera el que reflejan las fotografías incorporadas al dictamen del perito Víctor, ya que éste refiere haber tomado él mismo esas instantáneas y no hay motivos para estimar –como sostiene el demandado– que dichas fotografías se correspondan con la situación anterior al injerto inguinal de febrero de 2001 (sólo la primera de tales fotografías se corresponde con el estado previo a la intervención inicial de mayo de 2000). Ahora bien, el propio Dr. Víctor alude a una consulta que habría evacuado María Rosa en un centro especializado relativa a la eventualidad de una intervención paliativa; la también perito doctora Lidia ha considerado factible una relativamente sencilla y barata operación de reconstrucción del pezón y, sobre todo, la desleal oposición de la aquí demandante a que la citada doctora Lidia examinase en 2003 el estado de sus pechos, permite dudar de la irreversibilidad de su estado, lo que desde luego arruina las premisas del peritaje psiquiátrico de la doctora Teresa y en general significa que la gravedad del daño es mucho menor de la postulada en la demanda.

¹⁵²

SAP Murcia (Secc. 4ª) 392/2008 de 9 de octubre (Rec.: 286/2007, ponente Carrillo Vinader). (Id Cendoj: 30030370042008100342). FD 3º: (...) En el presente caso, el informe de la perito de la compañía de seguros, más desarrollado y completo que el de la otra parte, adolece de un importante déficit, pues no ha examinado a la lesionada, sin que sea aceptable la explicación que dio en el acto del juicio de que no le fue posible, pues reconoció que no lo intentó, ni consta que lo instara del Juzgado, como le permite el artículo 345.1 LEC. (...) Ante la insuficiencia de esas pruebas, no es posible decantarse por uno u otro dictamen, aunque ha de tenerse en cuenta el resto de documentación aportada y el principio de carga de la prueba prescrito en el artículo 217.2 de la LEC, conforme al cual, al actor corresponde acreditar la certeza de los hechos base de su pretensión, en este caso de la relación de causalidad entre el accidente y los resultados lesivos que él defiende, y las dudas que puedan existir al tiempo de dictar sentencia han de resolverse en su contra (art. 217.1), desestimándose sus pretensiones.

5 VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL CIENTÍFICO

La doctrina procesal, acompañando una tendencia jurisprudencial estadounidense del inicio de los años 90, conocida como el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*¹⁵³, registra la necesidad de reformular el sistema de la sana crítica¹⁵⁴, especialmente con relación a la valoración de las pericias científicas o técnicas. Por un lado se trataría de adaptarlo a los nuevos retos impuestos por el desarrollo científico-tecnológico y su concreta aplicación al proceso y por otro, adecuarlo a las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales. Según nuestra opinión, no se trataría propiamente de la reformulación del sistema de la sana crítica sino en la inclusión de nuevos conceptos en la valoración -intrínsecos al dictamen técnico o científico- y en la plasmación clara y objetiva en la sentencia de los diversos criterios tomados en cuenta por el tribunal para la valoración de la prueba pericial.

Interesa ahora el estudio de los elementos que, según TARUFFO¹⁵⁵, informan -o deberían informar-, la valoración de la prueba pericial científica o técnica: 1) el consenso general de la comunidad científica interesada; 2) la publicación en revistas sometidas al control de otros expertos, de la teoría o la técnica en cuestión; 3) el control y falsabilidad de la teoría científica o la técnica en la que se fundamenta la prueba; 4) el porcentaje de error conocido o potencial del método; 5) el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica aplicada.

Es importante también subrayar, en este momento, que, según nuestro parecer, los

¹⁵³ El referido precedente incluso ha provocado, en el año de 2000, una reforma en la Regla 702 de la *Federal Rules of Evidence* de los Estados Unidos, que ha adoptado parcialmente los principales estándares formulados por el precedente para la admisión en juicio de una prueba científica o técnica, tales como: 1) que el testimonio esté basado en hechos suficientes o datos; 2) que el testimonio sea el producto de principios y métodos confiables; 3) que el perito haya aplicado fielmente los principios y métodos a los hechos del caso. *Federal Rules of Evidence 2011*. Disponible en: <http://federalevidence.com/downloads/rules.of.evidence.pdf>. Fecha de consulta: 16.3.2011.

¹⁵⁴ PEREDA GÁMEZ sostiene, a partir de la entrada en vigor de la nueva LEC, la reformulación del paradigma de la sana crítica y advierte que “el juez deja de ser mero receptor pasivo de la ciencia y de la tecnología para situarse en posición de establecer qué datos técnicos o científicos son social y jurídicamente relevantes, cómo deben ser interpretados los datos científicos y qué parámetros (jurídico-técnicos, científicos) han de fijar la credibilidad de los peritos”. PEREDA GÁMEZ, F. J., “La prueba pericial...”, cit., p. 120.

¹⁵⁵ El esquema elaborado por TARUFFO es basado en el precedente norteamericano *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*. TARUFFO, M., *La prueba*, cit., p. 283.

nuevos paradigmas de valoración de la prueba pericial serían aplicables con independencia de la naturaleza de la ciencia aplicada al caso concreto; es decir, no sería relevante si la ciencia es exacta o social, lo importante es la objetivación de los criterios de valoración judicial de la prueba pericial científica o técnica en el momento de dictar la sentencia. En este sentido, DOMINIONI refiere la dualidad de aplicación del criterio *Daubert*, al afirmar que en muchos casos el tribunal adoptó una lectura “que incluye la aplicación también a conocimientos técnicos especializados y otros, lo que es realmente un derivado de ese tipo de dualismo de tercer tipo y presenta una conciliación del problema de base científica para el criterio general de utilidad y pertinencia”¹⁵⁶.

Aunque el juez sea un especialista en el tema objeto de la prueba pericial, si ésta fue admitida como medio de prueba¹⁵⁷, consideramos que no podría omitirse en su valoración para utilizar sus propios criterios¹⁵⁸. Es claro que, en estos casos, los conocimientos adquiridos por el juez en cuanto persona privada¹⁵⁹, de naturaleza técnica o científica, podrán servir quizás para valorar mejor la prueba pericial practicada, pero jamás para ignorarla¹⁶⁰. Otra hipótesis más remota pero imaginable, sería que el juzgador, que disponga de los conocimiento científicos o técnicos necesarios para aclarar los hechos que, en teoría, sólo podrían ser alcanzados por la prueba pericial,

¹⁵⁶ DOMINIONI, O., *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 163.

¹⁵⁷ ESCALADA LÓPEZ sostiene que “no cabe excluir la aplicación del conocimiento privado del juez, siendo posible el empleo de sus saberes especializados y privativos, siempre y cuando aquél motive la inadmisión de la pericial por inútil, y exteriorice en la sentencia la aplicación que ha realizado de sus máximas de experiencia en el caso concreto, hasta lograr su convicción”. ESCALADA LÓPEZ, M. L., “El dictamen de peritos...”, cit., p. 352.

¹⁵⁸ En el mismo sentido, PÉREZ GIL sostiene que “con carácter general, aun cuando el juez tenga una cualificación científica o técnica específica, su ciencia privada no habrá de ser considerada relevante en ningún modo para la entrada de conocimiento científico al proceso”. PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., p. 111.

¹⁵⁹ STEIN, comentando sobre el uso del saber privado del juez en el ordenamiento alemán, afirma que “nuestra legislación concede al juez la facultad de hacer valer su conocimiento sin preguntar por el origen de éste y, por ello, se ha probado ya al comienzo de este párrafo que la fuente de su saber es irrelevante, y que, en consecuencia, es indiferente si el juez había usado como tal juez la máxima de la experiencia o si la conoció como particular o si la construyó en el momento mediante el recuerdo o la consideración de casos vividos o conocidos anteriormente”. STEIN, F., *El conocimiento privado...*, cit., p. 82.

¹⁶⁰ En conformidad con FONT SERRA: “la ciencia privada del juez servirá sólo para valorar el resultado de la prueba pericial conforme las reglas de la sana crítica, pero el tribunal no podrá ampararse en la misma para considerarla inadmisibile en aquellos casos que el dictamen sea pertinente y útil. FONT SERRA, E., *El dictamen de...*, cit., p. 61.

utilizase la abstención, prevista en el artículo 102 LEC con el objetivo de resguardar su imparcialidad¹⁶¹.

Teniendo en cuenta estas cuestiones reafirmamos la imperiosa necesidad de la utilización de criterios objetivos en la valoración de la prueba pericial, cualquiera que sea la naturaleza de la ciencia aplicable. Según nuestro juicio, la idea de que el juez, por su experiencia profesional, acabe por adquirir una formación diferenciada, que le permitiera ser un poco psicólogo, sociólogo, trabajador social u otra actividad cualquiera –*iudex peritus peritorum*–, debería ser considerada con mucha reserva cuando nos encontramos con un hecho que requiere un estudio o técnica especializada para su aclaración. “Del juzgador lo que se requiere es que decida si acepta unos enunciados de hechos que han sido interpretados a la luz de criterios científicos, pero no que esté versado en ciencia o tecnología ni que manifieste opiniones sobre ellas”¹⁶².

Sin embargo, se observa todavía cierta resistencia jurisprudencial en el sentido de superar esta concepción, de acuerdo a lo que se observa en la siguiente sentencia del Tribunal Supremo. En ella, se desestima el recurso a la decisión que rechaza el dictamen pericial porque, entre otros fundamentos, considera el juez como el perito de los peritos:

“STS (Sec. 1ª) 495/2006 de 23 de mayo (Ponente Xiol Ríos). (Id Cendoj 28079110012006100617).

FD 13º: (...) En suma, los peritos no tienen la función de sustituir la decisión judicial, sino de ayudar a conformarla, de tal suerte que el juez actúa como *peritus peritorum* [perito de peritos], en cuanto se le confía la valoración del dictamen emitido por éstos. La casi totalidad de la bibliografía se muestra desde tiempo inveterado conforme con este principio -limitado por el principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, por el mandato legal de respetar las reglas de la lógica que forman parte del común sentir de las personas y por la obligación de motivar las sentencias-, que tiene un indiscutible apoyo en el *art. 632 LEC 1881*, aplicable a este proceso por razones temporales. Para justificarlo se acude a la insuficiencia de la ciencia, y en particular a la naturaleza relativa de la ciencia médica, que impide reconocer a los pareceres expertos virtualidad absoluta e indiscutible. Incluso en campos que se estiman

¹⁶¹ DE LA OLIVA SANTOS defiende que “la prohibición del uso del conocimiento privado del juez para el fin de la fijación de hechos históricos como ciertos no se fundamenta sólo en la mayor o menor fiabilidad de las percepciones sensoriales que, directa o indirectamente, hayan conducido a ese conocimiento. (...) Pero la imparcialidad del tribunal y la estructura contradictoria del proceso, con la posibilidad de que los hechos relevantes sean objeto de controversia, no se compadecen con el fenómeno de un juez que se base, para dictar sentencia, en unos hechos relevantes, porque los considere ciertos a causa de su conocimiento personal”. DE LA OLIVA SANTOS, A., y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil...*, cit., p. 314.

¹⁶² Son palabras de PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., p. 28.

científicamente más avanzados y de técnica muy compleja se admite la facultad valorativa del juez (*dictum expertorum nunquam transit in rem iudicatam* [el parecer de los expertos nunca pasa en cosa juzgada]), dadas las posibles discrepancias hermenéuticas provenientes no sólo del nivel relativo alcanzado por la ciencia, sino también del diverso grado de conocimiento que sobre ella tienen los distintos peritos y la posibilidad de que el dictamen se ajuste con mayor o menor rigor al método científico y formule conclusiones asequibles de ser apreciadas desde el punto de vista de su posible refutación o aceptación general y frecuencia estadística, junto con la necesidad de que el juez considere las aportaciones de los expertos en su conexión global con la realidad social (*artículo 3. 1 CC*) y desde el punto de vista de su trascendencia jurídica en conexión con los principios y valores que informan el ordenamiento jurídico en su conjunto.”

Parecen ser básicamente dos los fundamentos de la incapacidad de superar la noción del juez como el perito de los peritos: el primero estaría relacionado a una supuesta sustitución del juez por el perito en el ejercicio de la potestad jurisdiccional; es decir, ya no decidiría el juzgador por sus propias convicciones, sino el perito a través de sus conocimientos científicos o técnicos. El segundo fundamento comúnmente utilizado se refiere a las limitaciones de la propia ciencia adoptada para la emisión del dictamen pericial, a la inadecuación de las técnicas o métodos utilizados para hacerlo, asimismo a la insuficiencia de datos de que dispone el perito.

En cuanto al primer fundamento comentado, no nos parece razonable alegarlo a efectos de rechazar un dictamen pericial. Más allá de lo bien elaborado, fundamentado y conclusivo que pueda presentarse un dictamen, creemos que éste no podría jamás ser visto como un peligro al ejercicio del Poder Judicial, sino como un precioso auxiliar en su actuación. Para ello se puede argumentar, desde el punto de vista procesal, que el parecer de los expertos nunca se transforme en cosa juzgada ni tampoco tiene fuerza ejecutiva; ambas situaciones dependen de la concreta actuación de la potestad jurisdiccional a través de la sentencia que acepte las conclusiones del dictamen. Y lo que va a pasar a cosa juzgada y tener fuerza ejecutiva es el dispositivo de la sentencia y no las conclusiones del dictamen.

Además, consideramos que las vanidades funcionales o corporativas no podrían servir de fundamento para imponer a las partes y a la sociedad convicciones personales desprovistas de base científica, especialmente cuando se dispone en autos de uno o más dictámenes periciales. Ello no significa que abogamos por la imposibilidad del juez de rechazar las conclusiones del experto, sino que el supuesto abandono de la potestad jurisdiccional no sería válido como fundamento para el rechazo del dictamen.

Sin embargo, estimamos que puede ser razonable la posición que defiende una supuesta

usurpación del poder jurisdiccional por el perito en el caso de que las demandas sean juzgadas por un tribunal compuesto por personas del pueblo, como sucede en el sistema del *common law*. Pero, en los modelos en que prevalecen los juzgamientos de las causas por jueces de carrera -sean singulares o colegiados-, no se justificaría dicha alegación, teniendo en cuenta su especial formación para el ejercicio del cargo y su capacidad de no dejarse llevar exclusivamente por la opinión del perito en la toma de decisión. Por este motivo, por ejemplo, es que en el Reino Unido la regla general es la no admisión de la opinión de los expertos en juicio. Y uno de los fundamentos apuntados es prevenir que el tribunal popular pueda ser tentado simplemente a aceptar las conclusiones del perito en lugar de hacer sus propias inferencias sobre los hechos a juicio¹⁶³.

Con relación al otro fundamento utilizado para justificar la figura del juez como el perito de los peritos, relacionado a las limitaciones de la propia ciencia –grado de probabilidad, métodos utilizados, técnicas empleadas o datos considerados en el dictamen-, es que estimamos la necesidad de aplicar los nuevos parámetros de valoración, una vez que permitiesen mayor objetividad, uniformidad y razonabilidad en la decisión sobre la prueba pericial¹⁶⁴, con la consecuente disminución de los supuestos del uso de criterios arbitrarios y subjetivos por parte del juzgador.

Debemos tener en cuenta que si bien la adopción de estos filtros de control de la ciencia en las decisiones judiciales pueda significar un considerable avance desde el punto de vista de las garantías procesales, por otro, no excluye la polémica generada sobre quien en última instancia tiene efectivamente el poder de decisión, la ciencia o el derecho, el científico o el juez¹⁶⁵.

Una última nota de naturaleza introductoria sobre el tema refiere a la consideración de

¹⁶³ KEANE, A., GRIFFITHS, J., MCKEOWN, P., *The Modern Law...*, cit., p. 524.

¹⁶⁴ La delimitación de la discrepancia, la selección natural de las opciones y la incardinación en el conjunto del objeto de la prueba son apuntados por PÉREZ GIL siendo las tres herramientas con las que puede contar el juez en el momento de valorar el trabajo de los científicos y técnicos que se asoman al proceso. PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., pp. 29 y ss.

¹⁶⁵ ESTEVE PARDO sugiere que la quiebra del principio de decisión por el Derecho se puede dar mediante cuatro vías de entrada de la ciencia y de la técnica en el espacio público de decisión: a) la previa determinación de opciones por la investigación científica; b) la tecnocracia y expertocracia organizadas; c) la remisión desde el Derecho a las soluciones de la ciencia y la tecnología; d) la toma de poder decisorio por el estamento experto ante la superación del Derecho y las instancias públicas por el ritmo de la evolución científica y tecnológica. ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid, 2009, pp. 99-108.

los tópicos que analizaremos a continuación en lo que refiere a los aspectos relacionados tanto a la valoración del mérito de la prueba pericial, como a la no admisión de su práctica en el proceso. Más allá de que pueda eventualmente tratarse de tiempos procesales y decisiones de distinta naturaleza, los fundamentos utilizados para una u otra situación podrían ser básicamente los mismos.

5.1 Consenso de la comunidad científica

Según la Real Academia Española el término consenso significa “acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos”¹⁶⁶. “La técnica del consenso se utiliza ampliamente desde muy antiguo en las actividades sociales y profesionales, como forma de ayuda para la distribución de recursos o la toma de decisiones, mediante el establecimiento de consejos asesores o de comisiones de expertos”¹⁶⁷. La idea de consenso presupone un ordenado y democrático proceso de discusión y resolución respecto a la decisión a ser adoptada, basado en el convencimiento de las partes interesadas en el tema en análisis. Ella se contrapone a los procesos de toma de decisiones basados en las verdades propuestas a partir del argumento de autoridad -política, académica o económica-.

Estimamos que el notorio consenso de la comunidad científica –en cuanto criterio de valoración de la prueba pericial-, implicaría el previo y público reconocimiento por los expertos de la propia ciencia en que se basa el dictamen, del método científico utilizado o de la técnica aplicada por el perito para la confección del dictamen. Una cuestión polémica respecto al tema en estudio podría suceder en el caso de que el juez, para admitir las conclusiones de un dictamen basado en teoría todavía no sometida a consenso, haga inferencias de los supuestos motivos de naturaleza política o económica que concurran para la no existencia del consenso científico. Estimamos que, sin embargo de la posibilidad de la motivada aceptación judicial de las referidas conclusiones, el juez no debería detenerse en valorar los factores que puedan obstar el

¹⁶⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/>. Fecha de consulta: 9.5.2011.

¹⁶⁷ ASUA BATARRITA, J., “Entre el consenso y la evidencia científica”, *Gaceta Médica*, Barcelona, v. 19, n. 1, ene/feb 2005, p. 65. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0213-91112005000100013&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 21.3.2011.

consenso, una vez que el mérito de esta discusión deba estar reservado a sus respectivos foros.

Bajo el manto del criterio de consenso científico, por ejemplo, no se podría admitir que el perito utilice la astrología o métodos parapsicológicos para concluir que una de las partes tiene a una de las partes para una enfermedad grave. La utilización de estas técnicas por los peritos resultan en la inutilidad del medio de prueba en virtud de su temeraria fiabilidad desde el punto de vista lógico y racional¹⁶⁸ y también por la inexistencia de consenso respecto su carácter científico.

Un ejemplo muy representativo de la falta de consenso científico serían las referidas a las consecuencias sobre la salud humana a la exposición a campos de radiofrecuencia y electromagnéticos. La jurisprudencia, acompañando la actual tendencia científica y los dictámenes periciales practicados, sigue sosteniendo que, por no haber consenso científico sobre el tema, no se pueden considerar probados los supuestos riesgos a la salud humana eventualmente provocados por la exposición de las residencias a las ondas de una antena de telefonía móvil, conforme la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 518/2005 de 18 de noviembre¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Según FLORES PRADA, “cabe que un determinado medio o instrumento de prueba sea calificado objetivamente inútil en todo caso y para cualquier proceso cuando no sirva para demostrar, esto es, cuando por su naturaleza o características no pueda ser utilizado como un medio de comprobación mínimamente fiable desde un punto de vista lógico racional –los métodos parapsicológicos, por ejemplo–”. FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 82.

¹⁶⁹ **SAP Madrid (Secc. 19ª) 518/2005 de 18 de noviembre (Rec.: 417/2005, ponente: Epifanio Legido López)**. (Id Cendoj 28079370192005100524). FD 7º: (...) AP de las Palmas, sentencia de 13-05-2003 : "es más, el propio Instituto de Salud Carlos III del Ministerio de Sanidad y Consumo advierte que con relación a la instalación de antenas y estaciones repetidores de telefonía móvil no existe ningún informe oficial del IEC III y el informe emitido por el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de las Palmas señala que al día de la fecha no existe directiva, informe, estudio o recomendación expresa o taxativa realizada por la O.M.S. respecto, de los efectos para la salud humana derivados de las exposiciones a campos de radiofrecuencia y electromagnéticos, y aclara que no hay **consenso científico** acerca de si la exposición residencial a las ondas de una antena de telefonía móvil puede conllevar riesgo para la salud humana". AP de Málaga, sentencia de 29-02-2004: "se habla de posibilidades, se realizan estudios en la averiguación de las consecuencias de las emisiones radioeléctricas, pero no hay unos resultados exhaustivos, claros, concretos y definitivos sobre la materia. En esta situación estimar que la mera instalación de una estación de telefonía móvil que se ha ajustado necesariamente para entrar en funcionamiento a las prescripciones sobre protección sanitaria que contiene el *RD 1066/2002, de 28 de septiembre*, puede eventual y potencialmente causar en el futuro daños en la salud de las personas es hacer un acto de fe en las creencias, opiniones y condiciones del demandante, que siendo totalmente respetables, sin embargo, no pueden obtener la tutela judicial que se pretende, pues en la actualidad no está acreditado científicamente que estas estaciones de telefonía constituyan un factor de riesgo cierto y real para la salud de las personas". Vemos pues como la uniforme jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, desde los informes técnicos aportados a los distintos litigios, ha concluido, que al día de hoy, no puede entenderse que la

Otro interesante planteamiento sobre el tema puede ser hecho a partir del siguiente cuestionamiento: ¿puede el juez aceptar como válidas las conclusiones del dictamen basado en una técnica innovadora o método novedoso, creado por el perito, pero todavía no reconocidos por su respectiva comunidad científica?

En un primer momento se puede contestar que la jurisdicción debe hacer prevalecer el principio de seguridad jurídica ante los acelerados pasos del progreso científico, evitando así la repetición de demandas temerarias. Y que, en el ámbito científico, dicha medida podría corresponder al notorio consenso científico en la respectiva comunidad académica.

Pero, debemos tomar en cuenta que *buena ciencia* no corresponde necesariamente a saber absoluto y que el órgano jurisdiccional no debe abstraerse de considerar los consensos derivados de los intereses particulares de las comunidades científicas y de expertos¹⁷⁰. Podríamos concluir afirmando que una decisión debidamente motivada sobre la aceptación de una prueba pericial fundada en una tesis minoritaria o en una teoría emergente puede también garantizar la preservación del principio de seguridad jurídica y fomentar nuevas demandas con pretensiones similares. Además, puede permitir a la jurisdicción acompañar los pasos del desarrollo de la ciencia, sin atropellos ni retardos, a pesar de que, conforme observa PEREZ GIL, el tiempo del progreso de la ciencia sea continuo e ilimitado y el tiempo del proceso sea restringido e inmediato¹⁷¹.

instalación de estaciones base de telefonía móvil supongan un riesgo para la salud y pueda aquella actividad ser calificada con los apelativos que se recogen en la cláusula séptima del contrato de arrendamiento que vincula a las partes. Lo hasta aquí expuesto nos lleva, en definitiva, a desestimar el recurso devolutivo interpuesto. (Destacado nuestro).

¹⁷⁰ Conforme SALVADOR CODERCH y RUBÍ PUIG “el esfuerzo realizado desde Daubert en pro de filtrar y mejorar la evidencia científica -y, en general, la calidad de los peritajes- ha merecido la pena, es positivo y, sobre todo, una vez descartado el criterio de aceptación generalizada anteriormente aplicado, caen por su base las críticas contra el nuevo conjunto de estándares -por lo demás, muy flexibles- a los que se censuraría de permanecer anclados en la ortodoxia, en detrimento de tesis minoritarias, de teorías emergentes o, incluso, de hipótesis osadas. No es así. Buena ciencia no es equivalente a saber absoluto o imperfectible, como no lo es a saberes establecidos o dominantes. Bajo Daubert no hay lugar a desconsiderar los sesgos derivados de los intereses particulares de las comunidades científicas y de expertos; antes bien, está claro que los más no tienen qué ser los mejores, que la suma de autoridades no es un factor de decisión, como en cambio lo era en Frye”. SALVADOR CODERCH, P. y RUBÍ PUIG, A., “Riesgos de desarrollo y demarcación judicial de la buena ciencia”, *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*, pp. 42-43. Disponible en: <http://www.escholarship.org/uc/item/68w2222m>. Fecha de consulta: 6.5.2011.

¹⁷¹ PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., p. 21.

Creemos que lo más importante en este contexto es saber que el hecho de que no integra el contenido de la función jurisdiccional conferir el consenso a los métodos o técnicas innovadoras desarrolladas en el ámbito de la ciencia –ya que esta tarea es responsabilidad de los propios expertos y sus respectivos foros de discusión y deliberación-, ello no excluye la posibilidad del reconocimiento judicial y aplicación al caso concreto de los dictámenes basados en tesis minoritarias o teorías novedosas desde que la resolución esté suficientemente motivada.

A la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ¿en qué concepto jurídico se podría encuadrar la pretendida o ya practicada prueba pericial -sobre la cual no hay consenso en la comunidad científica-, a efectos de no admitirla al proceso o de rechazarla tras su práctica?

Preliminarmente, estimamos que el dictamen pericial practicado en desacuerdo con el criterio de valoración del *notorio consenso de la comunidad científica* puede no ser valorado judicialmente en cuanto al mérito de su contenido, especialmente sus conclusiones. Para ello se requiere una razonada fundamentación que excluya la validez de la ciencia, del método o de la técnica aplicada por el perito, ya sea para no admitir la práctica de la prueba, ya sea para rechazarla, en el caso de que se haya practicado la prueba. La solución jurídica podría estar basada en la aplicación de los conceptos de impertinencia, inutilidad o ilicitud de la actividad probatoria, establecidos por el artículo 283 LEC el cual establece que:

- “1. No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente.
2. Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.
3. Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”.

La jurisprudencia¹⁷² ha consolidado los siguientes conceptos: considera *impertinente* la

¹⁷² **SAP Coruña (Secc. 3ª) 370/2010 de 22 de septiembre (Rec.: 704/2009, ponente: Fernández-Porto García).** (Id Cendoj 15030370032010100367). FD 4º: (...) 1º.- Que sea prueba pertinente. La propia formulación del *artículo 24.2*, que se refiere a la utilización de los medios de prueba «pertinentes», implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el «*thema decidendi*» (TC 147/2002, 70/2002, 165/2001 y 96/2000). Pertinencia y utilidad que se recoge en el *artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en cuanto establece que deben rechazarse los medios probatorios propuestos cuando se pretenda acreditar hechos que

prueba que no guarde relación con lo que es objeto de litigio; reputa como *inútil* el medio que se sabe que no va a servir para aclarar los hechos controvertidos, así como el que tienda a probar hechos pacíficamente admitidos por los litigantes, o los hechos notorios; y apunta como *ilícito* el medio de prueba que vulnere algún derecho fundamental.

Sin embargo, todavía se pueden observar ciertas imprecisiones en la jurisprudencia en su concreta aplicación -especialmente en lo que se refiere a los conceptos de impertinencia e inutilidad-, conforme la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 649/2009 de 6 de noviembre¹⁷³, que considera impertinente -en vez de inútil-, la práctica de la prueba pericial porque el hecho controvertido ya estaba acreditado por una prueba documental.

Teniendo en cuenta que “la *pertinencia* de los medios probatorios alude a la *relación* que esos medios probatorios guardan con lo que es objeto del debate procesal y, por tanto, expresa –se entiende la *pertinencia*- la *capacidad* de los medios probatorios

no guarden relación con lo que es objeto de litigio (**prueba impertinente**); así como los medios que se sabe que no van a servir para aclarar los hechos controvertidos, ni las que tienda a probar hechos que son admitidos pacíficamente por los litigantes, o los hechos notorios (**inútiles**); al igual que las que se obtengan con vulneración de derechos fundamentales (**ilícitas**). (Destacado nuestro).

173

SAP Valencia (Sec. 6ª) 649/2009 de 6 de noviembre (Rec.: 522/2009, ponente: Lara Romero). (Id Cendoj 46250370062009100573). Antecedentes de Hecho 1º: (...) En definitiva habiendo acreditado el recurrente, que ejecutó la obra que se describe en la factura acompañada a la demanda con el número 5, con la certificación de obra que se acompaña a la demanda con el número 6 y anexos a la misma, no impugnados, no se precisa de ninguna prueba pericial para acreditar dichos extremos, porque la prueba documental es prueba apta y válida a tal fin, y en cualquier caso sería una **prueba impertinente**, dado que se encuentra acreditado documentalmente. Y además aceptado por la codemandada, en la contestación a la demanda, hecho tercero, cuando afirma, en relación al documento señalado con el número 6, que se descuenta al recurrente el importe de 32.286'55.-#, luego reconoce implícitamente que se ha ejecutado la obra por el importe de la certificación. Dado que en la certificación acompañada a la demanda con el número 6, la constructora codemandada, tras partir del importe de la ejecución material y realizar la deducción antes dicha, reconoce un derecho de crédito por importe de 52.913'79.-#, y como lo que se reclama, es el importe de la factura acompañada a la demanda con el número 5, que es el importe de la certificación del mes de mayo de 2007, por no estar conforme el recurrente con las deducciones unilaterales realizadas por la codemandada, el recurso debe ser estimado, porque de conformidad con lo pactado en la estipulación quinta del contrato de obra suscrito entre codemandada y recurrente, la codemandada debe realizar el pago de las facturas de acuerdo con las mediciones expedidas su jefatura de obra, y porque se ha acreditado que además de la obra certificada por la jefatura de obra, se habían ejecutado 14'559 unidades más de formación de cargaderos, y porque se ha acreditado que se ejecutó las puertas que luego se sustituyeron por otras de acero inoxidable. Y porque si la codemandada, entendía que tenía algún derecho de crédito frente al recurrente a compensar con lo reclamado debió haber formulado reconvencción o haber excepcionado la compensación, cosa que no ha hecho. Y en cualquier caso, porque las deducciones realizadas de facto son improcedentes. (Destacado nuestro).

utilizados para formar la *definitiva convicción* del órgano jurisdiccional *sin que se produzca indefensión*”¹⁷⁴, hasta se podría admitir que hay pertinencia entre el objeto del proceso y una prueba pericial basada en una ciencia, método o técnica todavía no consensuada en la comunidad científica. Pero su admisión y consecuente valoración indudablemente resultaría en indefensión de la parte perjudicada por la aceptación de sus conclusiones. Si no hay certeza en la fuerza científica del dictamen, en consecuencia no se pueden admitir, a efectos del Estado-Juez, resultados válidos y socialmente aceptables.

Considerando la inadecuación jurídica de la no admisión o rechazo de la prueba pericial -fundada en ciencia, método o técnica no reconocido consensualmente por la comunidad académica respectiva-, con base en la impertinencia de la prueba, estimamos que el concepto jurídico de inutilidad de la actividad probatoria es el que más se ajustaría a estos efectos. Si el resultado de dicha actividad probatoria no pudiese ser sometido a valoración judicial, ¿qué utilidad podría tener su práctica? En este sentido, la jurisprudencia tiene como inútil la prueba que no sea –o no pueda ser-, determinante para la resolución de la demanda¹⁷⁵. Desde luego, podemos razonar que el juez puede -y debe- no admitirla al proceso, o no considerar sus resultados en la sentencia, en el caso que ya se haya practicado la prueba. Pero es importante destacar la necesidad de motivar siempre las razones por las cuales no se admite su práctica o rechaza sus conclusiones.

Se podría también plantear la hipótesis en que -más allá de la no existencia de consenso de la comunidad científica-, la práctica de la prueba pericial pudiese vulnerar derechos

¹⁷⁴ LORCA NAVARRETE, A. M., *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia probatoria*, San Sebastián, 2006, p. 5.

¹⁷⁵ **SAP Barcelona (Secc. 13ª) 90/2010 de 18 de febrero (Rec.: 782/2009, ponente: Utrillas Carbonell)**. (Id Cendoj 08019370132010100101). FD 1º: (...) En este sentido, doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1ª, de 30 de septiembre de 2002; RTC 168/2002, y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2002; RJA 10431/2002), que no puede ser motivo de nulidad de actuaciones la ausencia de la práctica de pruebas que no se estiman decisivas o determinantes para la resolución del pleito, entendiéndose por el contrario que su práctica acarrearía una innecesaria mayor dilación en la resolución firme de la litis. En consecuencia procede desestimar el motivo de la apelación, al ser evidentemente desproporcionado el efecto pretendido en relación con la infracción denunciada, por cuanto la pretendida declaración de nulidad acarrearía la reposición de las actuaciones al momento de las infracción en la primera instancia, para la práctica de una **prueba inútil**, y para la reiteración de las alegaciones que las partes ya han tenido ocasión de formular en sus respectivos escritos, con la consiguiente conculcación del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, de relevancia constitucional. (Destacado nuestro).

fundamentales, como en el caso en que la actuación pericial implicase la sumisión de una persona a una revelación desproporcionada de datos de carácter personal especialmente protegidos (salud, ideología, religión) en contra de su voluntad. El caso exigiría que la decisión judicial que no admita su práctica o rechace su validez contenga en su motivación una especial referencia a la ilicitud de los medios probatorios.

5.2 Publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión

Conforme enseña la Biblia¹⁷⁶, nadie puede imaginar el desarrollo de una ciencia, técnica, método científico o investigación sin que su creador no tenga interés en su difusión¹⁷⁷, sea con fines de proteger sus derechos de autor, sea para obtener reconocimiento en su área de conocimiento, o ambas cosas. Igualmente ocurre con la ciencia y prácticamente todas las demás actividades desarrolladas por el hombre exceptuadas, obviamente, las que no sean idóneas ni lícitas o que se constituyan objeto de secreto industrial. La publicación correspondería con el punto culminante de una actividad científica, técnica o cultural, pues a través de ella se afirman su validez y utilidad, así como se proporcionan las críticas imprescindibles para su mejora o perfeccionamiento.

La introducción de este criterio en la valoración judicial de la prueba pericial de naturaleza científica o técnica surge en los Estados Unidos, en la década de los 90, y coincide con un período de intenso desarrollo científico y tecnológico, así como de un

¹⁷⁶ “Nadie enciende una lámpara y la cubre con una vasija, o la pone debajo de una cama, sino que la pone sobre un candelero para que los que entren vean la luz” (Lucas 8, 16).

¹⁷⁷ ZAPATA y VELÁSQUEZ afirman que “las publicaciones son, en sí mismas, mecanismos a través de los cuales el investigador demuestra sus capacidades investigativas, competencia profesional y habilidades en el desarrollo de proyectos. Por ello, los investigadores buscan, usualmente, publicar la mayor cantidad de artículos en revistas arbitradas, con la mejor calidad posible y lo más rápido que se pueda. Dicha calidad se juzga a través de su novedad, importancia, corrección y legibilidad”. ZAPATA, C. M. y VELÁSQUEZ, J. D., “Algunas pautas para la escritura de artículos científicos”, *Revista Chilena de Ingeniería*, v. 16, n. 1, 2008, pp. 128-137. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/ingeniare/v16n1/ART02.pdf>. Fecha de consulta: 16.3.2011.

supuesto abuso en el uso de la prueba científica en los tribunales, especialmente en materia criminal y preferentemente a favor de la acusación¹⁷⁸.

Según el método propuesto por *Daubert* corresponde al juez el papel efectivo y directo de *gatekeeper*, siéndole confiado el filtro y la valoración discrecional de fiabilidad y el control de validez de métodos y procedimientos que presiden la formación de la prueba científica. Para ello el juzgador debe actuar “conforme a los múltiples criterios del control y falsabilidad de la teoría científica o del método técnico, del “*peer review*” o *revisión crítica por los expertos del sector, de la publicación, de la indicación del margen de error conocido o potencial, de la existencia de estándares de aplicación y por fin de la aceptación general de parte de la comunidad científica de referencia*”¹⁷⁹ (destacado nuestro).

El sistema -originalmente conocido como *peer review*-, consiste en el sistema de revisión de los artículos que se publican en las revistas académicas "en que dos o más revisores leen y analizan los artículos para determinar la validez de las ideas y los resultados, como su impacto potencial en el mundo de la ciencia"¹⁸⁰. Tiene como objetivo verificar la calidad del trabajo académico y conferirle la fiabilidad necesaria a la publicación.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, no se puede exigir del perito que publique previamente su dictamen en una revista especializada para que sea valorado judicialmente. Consideramos que la publicación exigible estaría relacionada con el método científico empleado o la técnica utilizada, conforme veremos en el apartado siguiente. La LEC establece los tiempos para la presentación del dictamen en autos y la publicidad de sus términos correspondería a esta presentación. Ello no

¹⁷⁸ DOMINIONI refiere que “la prueba científica es abusada preferentemente a favor de la acusación”. (Traducción propia). DOMINIONI, O., *La prova penale...*, cit., p. 154.

¹⁷⁹ CANZIO, G., “Prova scientifica, ricerca della “verità” e decisione giudiziaria nel processo penale”, *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Quaderno n. 8 della *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, Milano, 2005, p. 4. Disponible en: <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/12450.pdf>. Fecha de consulta: 14.3.2011.

¹⁸⁰ CAMPANARIO, J. M., "El sistema de revisión por expertos (peer review): muchos problemas y pocas soluciones", *Revista Española de Documentación Científica*, v. 25, n. 3, 2002, p. 267. Disponible en: <http://redc.revistas.csic.es/index.php/redc/article/view/107/171>. Fecha de consulta: 9.5.2011.

excluye, en principio, su posterior publicación en una revista especializada sobre el tema.

No obstante, estimamos que la legislación de algún modo establece la revisión por pares cuando trata de las posibles actuaciones de los peritos en el juicio o en la vista, especialmente en lo que se refiere a la *crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria*, conforme el artículo 347.5 LEC. Quizás se podría denominar esta actuación de *contradictorio científico-técnico* o de *peer review judicial*, una vez que representa el enfrentamiento de tesis distintas sobre el mismo hecho controvertido a base de argumentos científicos y por expertos del área de conocimiento. Este precioso momento procesal puede servir de aclaración no sólo sobre los hechos en análisis, sino también respecto de todas las operaciones periciales desarrolladas y eventuales discrepancias habidas en las conclusiones de distintos informes¹⁸¹.

Por un lado, el procedimiento judicial de revisión por pares puede parecer limitado, porque presupone que la parte interesada en la crítica al dictamen de la parte contraria haya requerido prueba y constituido perito¹⁸². Pero por otro también parece razonada esta limitación en tanto resguardaría los principios de seguridad jurídica e igualdad de armas, no permitiendo atropellos procesales, ni sometiendo al profesional perito a eventuales constreñimientos innecesarios, al ver su trabajo criticado por otro profesional que no haya asumido el compromiso previsto en el artículo 335.2 LEC, apareciendo en el proceso como un “francotirador”. Y es que este último, más allá de no estar vinculado al compromiso de decir la verdad y de actuar con objetividad, no podría ser objeto del sistema de tacha del artículo 343 LEC ni tampoco podría ser sujeto activo de los delitos directamente relacionados a la actuación de los peritos¹⁸³. Por lo tanto, no entendemos

¹⁸¹ Según HERNÁNDEZ GARCÍA “el juez debe agotar las posibilidades de control sobre las condiciones de designación y no renunciar, como apunta Ansanello, a un *diálogo instructivo* con las partes y con los respectivos expertos que le permita conocer todos los pasos del proceso de elaboración de la conclusión científica y el concreto sentido de los términos o fórmulas utilizadas”. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Conocimiento científico y decisión judicial: ¿cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?”, *Jueces para la Democracia*, n. 54, noviembre 2005, p. 75.

¹⁸² ARAGÓ HONRUBIA admite la crítica al dictamen por el perito judicial al afirmar que “el ordinal quinto sólo es aplicable a los peritos autores de dictámenes propuestos por las partes o al perito judicialmente designado a petición de una parte frente al perito autor del dictamen aportado por la otra parte”. ARAGÓ HONRUBIA, I. M., “La intervención del...”, cit., p. 441.

¹⁸³ ABEL LUCH y PICÓ JUNOY aseveran que “el legislador ha sancionado delitos especiales en los que expresamente se contempla al perito como sujeto activo de la infracción penal, tales

razonable que sean conferidas iguales oportunidades de actuaciones procesales a profesionales que están sometidos a distintos regímenes jurídicos.

Desde el punto de vista jurídico y con la finalidad de resguardar los intereses de las partes en juego no se puede exigir la previa publicación del dictamen en revista especializada en la materia. Además de ello, la legislación establece la posibilidad de la revisión por pares en juicio, conforme anteriormente hemos comentado. Sin embargo, la publicidad del dictamen es inevitable en los tiempos que establece el ordenamiento procesal y las partes suelen hacerlo en el último momento del plazo.

La referida publicidad ocurre en el momento en que el perito –o la parte- aportan el informe en autos, con la demanda o contestación, y cuando así no sea posible, en el plazo de cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el juicio verbal¹⁸⁴. La principal preocupación del legislador con relación a la eventual admisión de la prueba pericial en momentos diversos de los previstos en la ley es que pueda provocar la indefensión de la parte contraria. Por lo que estimamos no resultar en un perjuicio a las partes interesadas en el caso en que se haya previamente publicado un dictamen a ser presentado en una demanda, desde que la demanda no esté sometida a carácter secreto (artículo 232.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ). En la hipótesis de que pretendan publicarlo antes de la incoación de la demanda, el perito y la parte deberán evaluar si la materia objeto del dictamen no contienen datos o informaciones que puedan provocar lesión al orden público o a los derechos y libertades individuales de las partes. Y, en caso positivo, no pueden llevarlo a publicación sino reservarlo hasta la presentación con la demanda.

Si la previa publicación del dictamen no es exigible –sino facultativa-, y si el ordenamiento procesal establece oportunidad para el contradictorio entre los peritos, ¿en

como el falso testimonio (arts. 459 y 460 CP) o el cohecho (art. 420 CP); otros en que la conducta delictiva descrita puede suponer una infracción de los deberes profesionales del perito u otros profesionales o sujetos, tales como los desórdenes públicos (art. 558 CP) o la desobediencia (art. 556 CP); y todo ello sin perjuicio que, con motivo o desempeño de su cargo, el perito pueda incurrir en otros delitos generales. ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., pp. 81-82.

¹⁸⁴ Sobre la aportación del dictamen pericial en el juicio verbal, especialmente sobre las excepciones a la regla prevista en el artículo 336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. FORCADA NOGUERA, M., “Aportación del dictamen pericial en el juicio verbal”, en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY (Dir.), Barcelona, 2006, pp. 395-421.

qué consistiría la publicación en cuanto criterio de valoración de la prueba pericial técnico-científica?

Estimamos que lo que se requiere es la publicación de la teoría o técnica empleada por el perito para desarrollar su trabajo y lograr sus conclusiones. La elaboración de un informe basado en teoría o técnica previamente publicada puede conferir más fuerza científica o tecnológica en el momento de su valoración judicial, en el caso de que sea confrontado con otro dictamen fundado en una teoría todavía no sometida a las críticas de los expertos sobre el asunto. La publicación científica presupondría un mayor grado de fiabilidad respecto a la validez de sus resultados, una vez que ya fuera analizada por otros expertos en el asunto.

No obstante, cumple observar que la reforma de la Regla 702 de las *Federal Rules of Evidence* en Estados Unidos -que sucedió al precedente Daubert-, no haya incluido el *peer review* y la publicación como criterio, limitándose a lo siguiente la admisión del *expert testimonio*: “cuando se fundamente en hechos o datos suficientes, sea el producto de principios y métodos fiables y el experto haya aplicado válidamente estos principios y métodos a los hechos del caso específico”¹⁸⁵. En sentido diverso, DOMINIONI sostiene la revisión de la referida regla 702 al afirmar que la solución más confiable científicamente para la confirmación de la validez de la técnica científica continúa siendo la revisión por pares y la aceptación pública¹⁸⁶.

El perito puede hacer referencia y adjuntar las publicaciones existentes sobre la teoría o la técnica en que basa su dictamen, respecto de las cuales el juez podrá servirse en el momento de valorar las pruebas periciales, conforme se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana 204/2005 de 5 de mayo¹⁸⁷, que,

¹⁸⁵ TARUFFO, M., *La prueba*, cit., p. 284.

¹⁸⁶ DOMINIONI, O., *La prova penale...*, cit., p. 204.

¹⁸⁷ **SAP Castellón de la Plana (Secc. 3ª) 204/2005* de 5 de mayo (Rec.: 323/2004, ponente: Ángeles Gil Marques)**. (Id Cendoj 12040370032005100273). FD 2º: (...) Tras el examen de ambas pruebas periciales y la documentación en que se basa la pericial practicada a instancia de Iberdrola considera la Sala que es razonable conceder al dictamen del perito D. Jon mayor credibilidad y fiabilidad que a la pericial aportada por la parte actora ahora recurrente, ya que este último dictamen se basa en el informe Karolinska prácticamente de forma exclusiva, sin atender a las revisiones posteriores del criterio sentado en dicho informe ni a otros estudios epidemiológicos posteriores, resultando verdaderamente significativa la manifestación del perito D. Juan Alberto en la vista de que "hay bibliografía, extranjera sobre todo, porque en España somos más benévolos con todas estas cosas", evidenciando un desconocimiento absoluto de las referencias bibliográficas de su propio dictamen pericial, en el que sólo se recogen cuatro publicaciones, todas ellas de autores españoles, siendo uno de ellos precisamente el coautor del

estimando el recurso, acordó que la demandada retirase el transformador ubicado en los bajos del edificio de los demandantes, con base en el dictamen pericial fundado en abundante y reciente investigación científica debidamente publicada y anexada a dicho informe.

Ante las innumerables situaciones de hecho de las que pueda depender una prueba pericial y de la intensificación en la especialización del conocimiento científico¹⁸⁸, se podría hacer un interesante planteamiento a partir de la siguiente hipótesis: el juez admite la prueba pericial para la clarificación de un hecho determinante para la resolución de la demanda y el dictamen –el único practicado-, se basa en una teoría bien razonada pero todavía no sometida a publicación. Y más aún, imaginemos que no se disponga en el caso de ningún otro tipo de prueba que pueda facilitar la explicación del referido hecho. ¿Qué salida jurídica podría adoptar el juez para la toma de la decisión? ¿Podría rechazar el dictamen al no existir anterior publicación de la teoría defendida? o ¿aceptar las conclusiones del dictamen a pesar de la no publicación?

KEANE relata el precedente *R v Gilfoyle*¹⁸⁹, proveniente de la jurisprudencia inglesa en que -más allá de la hipótesis de homicidio sometido a juicio-, la única posibilidad de explicación de la muerte de la víctima era el suicidio. En el caso, la Corte de Apelación recusó el testimonio de un psicólogo que había realizado una *autopsia psicológica*¹⁹⁰ en el difunto. Y una de las razones dadas por la Corte de Apelación para su decisión fue que el perito no identificó los criterios de referencia para que la Corte testase la cualidad

dictamen pericial, D. Donato (folio 88 de la causa). Así pues, estimamos que resulta acertado el criterio seguido por el Juez "a quo" al conceder mayor eficacia probatoria al dictamen emitido por el perito D. Jon, por reputarlo el Tribunal fundado en abundante y reciente investigación científica. (*Sentencia casada por el Tribunal Supremo el 19 de febrero por la Resolución 58/2010, conforme comentado anteriormente en el presente capítulo).

¹⁸⁸ Según KEANE el Directorio del Perito Judicial del Reino Unido (*The Expert Witness Directory 2006*) reconocía una cobertura de más de 1.800 especialidades. KEANE, A., GRIFFITHS, J., MCKEOWN, P., *The Modern Law...*, cit., p. 525.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 534-535.

¹⁹⁰ Según TORRES VICENT la autopsia psicológica es "un procedimiento seguido en el ámbito de la salud mental, complementario a la medicina-legal –por su origen--, en la investigación de una muerte cuya etiología resulta insuficiente para determinar el modo o forma por la cual se ha producido, enfocado hacia el papel que el fallecido hubiera tenido en su propio deceso. TORRES VICENT, R., "Psicología aplicada a la investigación criminal", *Academia Superior de Estudios Policiales de Chile*, p. 47. Disponible en: http://www.asepol.cl/spa/areaExtension/internas/pdf/numero_6/PSICOLOGIA_APLICADA_A_LA_INVESTIGACION_CRIMINAL.pdf. Fecha de consulta: 13-3-2012.

de su opinión: no había una base de datos de comparación de suicidios verdaderos y cuestionables, *tampoco había una sustancial literatura académica aprobando su método.*

Estimamos que en la ciencia se observaría un fenómeno muy parecido con lo que pasa en el proceso; así como en éste *quod non est in actis non est in mundo*, en aquella lo que no está publicado no está en el mundo. Si se puede hablar de grados de credibilidad de una teoría o de un método, se podría afirmar que los grado cero serían aquellos no sometidos a publicación y los de mayor grado aquellos que ya hayan pasado por la prueba de los demás expertos a través de su amplia divulgación por los medios académicos o corporativos. Reflexionando un poco más se podría afirmar que en la ciencia aún las teorías más consolidadas se encuentran permanentemente sometidas a cuestionamientos por otros expertos capaces de provocar dudas sobre su validez¹⁹¹. Y es exactamente ese cambio continuo, que entrelaza momentos de estabilidad con los de falta de certeza científica, lo que propicia el desarrollo de la ciencia y la tecnología.

Teniendo en cuenta estos parámetros abogamos, de conformidad con el precedente jurisprudencial citado, por la posibilidad de que el juez desestime la pretensión cuando la única prueba sobre el hecho principal de la demanda sea un dictamen basado en teoría todavía no sometida a publicación. A pesar de ser el juez el destinatario de la prueba pericial científica, las decisiones judiciales no pueden ser usadas de laboratorio de verificación de las teorías de las diversas ramas de la ciencia, por lo que debe la jurisdicción valerse del conocimiento científico ya sometido a verificación para desarrollar mejor función.

¹⁹¹ SELLTIZ observa que “sin embargo, se producen modificaciones de teorías y de perspectivas. Cuando surgen nuevos enfoques, es importante comprobarlos. También es importante seguir verificando opiniones ya implantadas, bajo nuevas y distintas condiciones. Si no se cuestiona, posiblemente nunca se someterá a prueba las opiniones falsas. Una de las improntas de la ciencia es que ninguna opinión quede sin ser puesta en cuestión”. SELLTIZ, C., WRIGHTSMAN, L. S., COOK, S. W., con la colaboración de BALCH, G. I. [*et al.*], *Métodos de investigación en las relaciones sociales* (Traducción de Jacinto Antolín Alonso), Madrid, 1980, p. 77.

5.3 La teoría científica: su control y posible falsabilidad

A) Control de la teoría científica.

Teniendo en cuenta que los nuevos paradigmas de valoración judicial de la prueba pericial están relacionados con el desarrollo científico y tecnológico ocurrido en las últimas décadas del siglo XX, es de esperar que todos sus conceptos estén también directamente relacionados con la metodología científica y sus propios criterios de verificación y control. Sin embargo, “las teorías no resultan nunca verificadas ni falseadas por la comprobación, porque no se verifican directamente. Las teorías son verificadas sólo indirectamente, por medio de las hipótesis específicas derivadas de la teoría, por investigadores sociales innovadores”¹⁹².

Entendemos que mientras que la publicación y la revisión por pares se constituyen en instrumentos extrínsecos de control y validación de la teoría empleada, el control científico correspondería a las técnicas de control intrínsecos a la propia teoría.

El control -o experimento del control científico- consistiría en una técnica de experimentación¹⁹³ provocada y dirigida desde una hipótesis basada en la concepción de dos grupos: uno de control, en el cual las condiciones permanecen constantes y otro experimental, sometido a variables de acuerdo con el interés del investigador. El método permite verificar si se obtienen los mismos resultados en la aplicación de determinados datos a los objetos de investigación, en el caso de que el grupo de control no esté sometido a las mismas variables que el grupo experimental.

En el espacio de la experimentación se observa una significativa diferencia entre las ciencias físicas y las ciencias sociales. Y es que los fenómenos físicos se inclinan a una constancia cuando están sometidos a las mismas variables, lo que permite la formulación de verdaderas *leyes científicas*; mientras que los fenómenos sociales no proporcionan semejante reducción en las posibilidades de los resultados, aunque las

¹⁹² *Ibid.*, p. 77.

¹⁹³ DUVERGER define la experimentación como “una observación provocada y dirigida. Se introducen en el desarrollo de un fenómeno uno o varios factores artificiales y comparando los resultados obtenidos con los que se producirían en ausencia de toda intervención se puede medir la influencia de los factores introducidos. La experiencia puede desarrollarse ya sea en un laboratorio ya en la naturaleza, siendo el primer caso más favorable al aislamiento de ciertos factores. En todo caso, el experimento se realiza para verificar la exactitud de unas hipótesis previamente definidas”. DUVERGER, M., *Métodos de las ciencias sociales*, Barcelona, 1996, p. 391.

variables a que estén sometidos sean las mismas. La diferencia referida puede resultar en consecuencias prácticas en la valoración de las pruebas periciales, teniendo en cuenta que el peritaje objetivo vincularía más al juez ya que en ello “las cosas son lo que son y no pueden ser de otra manera, mientras que en el peritaje de opinión lo que quiere decirse es que la opinión de uno o más peritos no puede impedir que el juez tenga que llegar a sus propias conclusiones”¹⁹⁴.

El control de la teoría o la técnica aplicada por el perito, como criterio de valoración del dictamen, presupone que el profesional haga la exposición de los resultados obtenidos en las experimentaciones anteriores respecto a la teoría en cuestión¹⁹⁵. Se puede citar como ejemplo de referencias a los experimentos y a los efectos colaterales verificados, los prospectos de los medicamentos.

De ahí se infiere que, en el caso de que el objeto de un dictamen sea determinar si la causa de una enfermedad fue provocada por el uso de un medicamento, las informaciones constantes en el respectivo prospecto pueden servir a efectos de verificación de su control.

En este sentido citamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 144/2009 de 10 de febrero¹⁹⁶, que, considerando el criterio de control, desestimó el recurso de la

¹⁹⁴ MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 347.

¹⁹⁵ Según KEANE, “el experto puede fortalecer su opinión al referirse no sólo a cualquier investigación relevante, pruebas o experimentos que él personalmente ha llevado a cabo, sean o no expresamente a los objetivos del caso, sino también a los trabajos de autoridades en la materia, artículos científicos, investigaciones, cartas y otros materiales similares de otros autores y que comprende el campo de general de conocimientos del ámbito de la pericia en cuestión”. KEANE, A., GRIFFITHS, J., MCKEOWN, P., *The Modern Law...*, cit., p. 541.

¹⁹⁶ **SAP Madrid (Secc. 10ª) 144/2009 de 10 de febrero (Rec.: 440/2008, ponente: Olalla Camarero).** (Id Cendoj 28079370102009100244). FD 2º: (...) Consta en actuaciones que el medicamento **Vioxx**, rofecoxib, que forma parte de los antiinflamatorios inhibidores selectivos de la COX-2 se comercializó como un tratamiento novedoso antiinflamatorio que no lesionaba la mucosa gastroduodenal. Dicho medicamento retirado por la propia MERCK, dio lugar a una comunicación de la Agencia Española de medicamentos y productos sanitarios, en la cual claramente consta que el Comité de Medicamentos de Uso Humano, en adelante CHMP, máximo órgano científico de la Agencia Europea de Medicamentos, EMEA, **“ha considerado que los datos disponibles mostraban con claridad que este grupo de medicamentos aumenta el riesgo de que aparezcan diversos trastornos cardiovasculares, sugiriendo además una relación con la dosis y la duración del tratamiento. Los resultados de ensayos clínicos controlados muestran que este grupo de antiinflamatorios se asocia a un incremento del riesgo de acontecimientos trombóticos (infarto agudo de miocardio, accidente cerebrovascular) en relación a placebo y anti inflamatorios no esteroides”**. (...) Ciertamente esta comunicación es de 18 de Febrero de 2.005, cuando ya Dª Benita había sufrido el incidente cerebro vascular, pero también lo es que prácticamente desde que se aprobó su comercialización, numerosos *artículos médicos en ámbitos nacionales*, doc. nº 25 de la demanda,

demandada basada, entre otros fundamentos, en el informe de la Agencia Española de medicamentos y productos sanitarios, que refiere a los resultados de experimentaciones clínicas que demostraban el incremento del riesgo provocado por el uso de la medicación con el accidente cerebrovascular, como el que sufrió la demandante.

Otro supuesto interesante se puede verificar en la Sentencia 55/2009 de 10 de marzo, también de la Audiencia Provincial de Madrid¹⁹⁷, que, examinando materia relativa a

e internacionales, publicaciones y traducciones obrantes a los folios 543 a 577 de las actuaciones, ya denunciaban las consecuencias lesivas que generaban estos antiinflamatorios de modo continuado y repetitivo. Consecuencias que finalmente fueron reconocidas por las Agencias de medicamentos Europeas, generando fuertes restricciones en su uso, y un escándalo a nivel internacional que ha afectado a la empresa farmacéutica apelante en todos los sentidos, sobre todo en Estados Unidos, donde la entidad MERCK tuvo que dar explicaciones ante el Congreso por las condiciones de la retirada del medicamento, como es fácilmente constatable por las noticias aparecidas en los medios de comunicación, doc 25 de la demanda. Todos estos datos evidencian clara y rotundamente que el ictus padecido por la Sra. Benita no es un acontecimiento ni aislado, ni único, derivado de las consecuencias de un tratamiento con **VIOXX**, configurándose como un lamentable caso a añadir a los acaecidos como consecuencia de la medicación con este producto. (Destacado nuestro).

197

SAP Madrid (Secc. 28ª) 55/2009 de 10 de marzo (Rec.: 71/2008, ponente: García García). (Id Cendoj 28079370282009100058). FD 6º: A la vista de las pruebas practicadas en este proceso, tanto en primera como en segunda instancia, podemos alcanzar las siguientes conclusiones: 1ª) la harina de soja importada por la demandada ha sido obtenida a partir de semillas que contenían la secuencia de ADN patentada, pues se han descrito en autos las referencias a experimentos que han detectado en la transportada por el buque Nassau Pride la proteína EPSPS de clase II característica de aquélla; así resulta del estudio experimental realizado por el laboratorio SGS Bélgica NV -documento nº 10 de la demanda-, verificado mediante el empleo de una tira reactiva que contiene un anticuerpo que reacciona ante la proteína específica de la harina de soja de la variedad RoundUp Ready; y ratifica tal conclusión el informe Hoffmann-Eitle, en el que se valoró el experimento PCRc -reacción en cadena de la polimerasa cuantitativa-, realizado por un tercero, la entidad Eurofins, merced al cual se puede descartar la posible incidencia de contaminación microbiana en la experimentación; 2ª) la información genética a la que se refiere el objeto de la patente -la secuencia íntegra del gen- estaría contenida, bien es cierto que sin que se haya cuantificado su significación, en la harina importada; se ha constatado que el procesamiento del grano para obtener la harina ha supuesto una degradación de ADN, de alcance indeterminado en los experimentos realizados, pero existen evidencias de que todavía restan trazas de la secuencia completa en la harina; el dictamen Hoffmann-Eitle, elaborado por los señores Leovigildo y Rodolfo, presentado por la parte actora y admitido en esta segunda instancia, al valorar el resultado del experimento realizado mediante la técnica "Southern blot" (anexo nº 5 del citado dictamen), apunta evidencias científicas de hallazgos del gen que codifica la proteína EPSPS de clase II y que se encontraría en una parte de la harina de soja tomada de las bodegas del "Nassau Pride"; la imagen gráfica resultado del citado experimento que tuvimos oportunidad de visionar en el acto de la vista y que fue explicada por los citados peritos también resultó reveladora; **el único reparo que puede ser opuesto a este experimento es que fue realizado por el personal de la propia entidad demandante, lo que siempre puede arrojar una sombra de parcialidad; sin embargo, los citados peritos insistieron en que sus resultados son compatibles con los de las demás pruebas experimentales realizadas, algunas de ellas por terceros, lo que permite despejar las posibles dudas sobre su objetividad;** además, incluso el experto presentado por la parte demandada, el profesor D. Carlos Manuel, que mantuvo una opinión contraria en la primera instancia, porque sostuvo entonces que entendía que se habría tenido que fraccionar completamente tras el procesamiento de las habas de soja para obtener la harina, admitió, al ser interrogado al respecto en la vista de esta apelación y dado el resultado de los experimentos, que

propiedad industrial, desestimó el recurso del demandante con base en el dictamen de la demandada, fundado en experimentos propios de la demandada y de terceros. De cierto modo, se podría afirmar que el contradictorio científico en el proceso es esencialmente el debate de los métodos utilizados y sus respectivas técnicas de verificación.

B) Posible falsabilidad de la teoría científica.

“En el precedente *Daubert*, la Corte Suprema llegó a incursionar en la filosofía de la ciencia”¹⁹⁸, según la perspectiva de la formulación y del uso del método científico, con la finalidad de verificar la fiabilidad de la ciencia utilizada en el proceso. En este contexto es que -en el ámbito jurídico y a efectos de valoración del dictamen-, emerge la importancia del examen de *la falsabilidad*. La doctrina referida considera que “por lo general que una cuestión clave a ser contestada, para determinar si una teoría o técnica es conocimiento científico, es verificar si ella puede ser -y ha sido- sometida a la experimentación”¹⁹⁹.

El *falsacionismo*²⁰⁰ se constituye en uno de los principales conceptos del sistema filosófico del *racionalismo crítico* propuesto por POPPER y “la falsabilidad se convierte, pues, en un criterio de demarcación en la concepción popperiana. Son científicas las propuestas teóricas falseables; no son científicas las explicaciones de la realidad que no permiten contrastaciones empíricas concretas”²⁰¹. Según MARTINÉZ GONZÁLEZ, “la idea fundamental de Popper es muy simple. Basándose en el hecho lógico de que todo enunciado da lugar a consecuencias verdaderas o falsas, se obtiene

podían existir trazas de la secuencia completa de ADN en la harina, aunque insistió en que la consideraba desnaturalizada; (...) En consecuencia, la demanda, por aplicación de lo explicado con anterioridad, merecía ser desestimada. Por lo que el recurso de apelación planteado por la parte actora contra la sentencia que le fue adversa en la primera instancia debe recibir la misma respuesta. (Destacado nuestro).

¹⁹⁸ REDMAYNE, M., *Expert evidence and criminal justice*, Oxford, 2001, p. 113.

¹⁹⁹ Cornell University Law School, Supreme Court, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* (92-102), 509 U.S. 579 (1993). Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZO.html>. Fecha de consulta: 11.5.2011.

²⁰⁰ La Real Academia Española define que el falsacionismo es la “doctrina que propone la falsabilidad como criterio de demarcación entre la ciencia y lo que no lo es”. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/>. Fecha de consulta: 11.5.2011.

²⁰¹ BOLADERAS CUCURELLA, M., *Karl R. Popper (1902-1994)*, Madrid, 1997, pp. 33-34.

una representación extensional de la verdad del mismo. La aproximación a la verdad del enunciado, o verisimilitud, viene así definida por la diferencia entre una magnitud extensional positiva, el contenido de la verdad, y una magnitud extensional negativa, el contenido de falsedad²⁰².

Podría afirmarse que los criterios de control y falsabilidad se complementan y que el uso o la admisión de las dos teorías en la valoración de la prueba pericial pueden reducir los riesgos de la toma de una decisión judicial basada en enunciados falsos o no concluyentes. Como ejemplo de precedente jurisprudencial basado en la falsabilidad de la teoría aplicada, se puede citar la ya referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 55/2009 de 10 de marzo. El tribunal, a pesar de considerar razonadas las conclusiones del informe pericial de la parte demandante, desestima el recurso por ella interpuesto, teniendo en cuenta su falsabilidad a la luz de otro informe obrante en autos y de los conceptos jurídicos aplicables al caso²⁰³.

²⁰² MARTÍNEZ GONZÁLEZ, J., *Ciencia y dogmatismo: el problema de la objetividad en Karl R. Popper*, Madrid, 1980, p. 121.

²⁰³ **SAP Madrid (Secc. 28ª) 55/2009 de 10 de marzo (Rec.: 71/2008, ponente: García García).** (Id Cendoj 28079370282009100058). FD 6º: 3ª) en cualquier caso, aun partiendo del cumplimiento de la premisa precedente, **cuestionamos que la función biológica que debería cumplir esa información genética (que no es el mero transporte de tal información, como considera la demandante, sino que la encima codificada pueda generar anticuerpos contra una determinada encima de manera que la planta resista al glifosato - y, en último término, la propia transcripción del gen, la síntesis de la proteína y la multiplicación para dar lugar a la obtención de plantas transgénicas resistentes a ese herbicida-) pueda ser ejercida por la contenida en la harina de soja importada, pues ésta se obtiene no solo moliendo el grano sino también procesándolo (lo que incluye el tratamiento con disolventes y su sometimiento a altas temperaturas) y en consecuencia no hay semillas viables que puedan germinar y permitan la multiplicación de esta variedad de planta (de hecho, los peritos propuestos por la parte demandante reconocieron en la vista que las células de la harina estaban muertas)**, siendo precisamente en los tejidos verdes de ella donde puede producirse el efecto perseguido de que resulte tolerante al glifosato, que es lo que le otorga la ventaja para la que se patentó; el transgen no puede expresarse en la harina ni cumplir su función, que estaba llamada a manifestarse en otro estadio del desarrollo vegetal (es reveladora, en este sentido, la explicación contenida en el dictamen pericial emitido por el doctor en Ciencias Biológicas y profesor adscrito al Departamento de Genética Molecular de Plantas del Centro Nacional de Biotecnología del CSIC, D. Carlos Manuel - folios nº 487 a 493 de las actuaciones). Para poder llegar a entrever, en sede de hipótesis, un potencial acto infractor que pudiera tener alguna relación, siquiera mediata, con la actividad de importación de harina de soja a lo que deberíamos llegar es a que la actuación de la demandada hubiese consistido, si ello fuera técnicamente posible y tuviera algún sentido hacerlo, en la eventual extracción de dicha harina de un ADN que hubiera podido ser reintroducido en un célula vegetal con la capacidad de multiplicarse y resultar genéticamente activo para la obtención de plantas resistentes al glifosato. Pero no es de eso de lo que estamos tratando en el presente caso sino de la mera importación a España de una harina que, aunque proceda de una variedad transgénica, resulta sustancialmente equivalente a la obtenida a partir de variedades convencionales de soja. (Destacado nuestro).

Consideramos que la aplicación de la falsabilidad como criterio de valoración de la prueba pericial científica o técnica no se conforma con la sencilla verificación de la validez de la teoría con base en experiencias empíricas anteriores, antes presupone el cuestionamiento de sus hipótesis y respectivos resultados con otras hipótesis de refutación todavía no consideradas²⁰⁴.

En la generación de hipótesis y su sometimiento a las experimentaciones se basan los métodos científicos en la actualidad y sirven para verificar si ellos pueden haber sido falsificados. Y es exactamente el uso de estos criterios los que van a distinguir la ciencia de las demás ramas de los saberes del hombre; a pesar de que estos últimos también puedan ser presentados como razonables, suelen no sostenerse en el caso de que sean sometidos a las técnicas de control y falsabilidad aplicadas a los métodos científicos.

Según nuestro juicio, la falsabilidad, en cuanto criterio verificador de la teoría o de la técnica utilizada por el perito, podría ser utilizada por el juez o tribunal tanto para no admitir su práctica como para rechazarla en el caso de que ya haya sido practicada, en los siguientes supuestos: 1) en aquellos referentes al uso de doctrinas no reconocidas como científicas como son la astrología, el espiritismo, el tarot, etc., y 2) en los que las conclusiones presentadas mediante la aplicación de la teoría o de la técnica no se sostienen cuando son refutadas a partir de datos o hechos probados en autos y no tenidos en cuenta por el perito.

5.4 Porcentaje de error conocido o potencial del método

Con excepción de algunos supuestos muy concretos, -como el estado de embriaguez completa-, prácticamente toda actividad humana presupone una valoración, aunque inconscientemente, del margen de aciertos o errores que pueda resultar de una determinada conducta. Ello suele ser hecho con base en experiencias anteriores del propio autor de la conducta o de la observación de experiencias ajenas. El hombre, desde su infancia, observa y somete a prueba sus actitudes ante sus padres, sus maestros, su comunidad, las instituciones, y de acuerdo con los resultados obtenidos –

²⁰⁴ MARTÍNEZ GONZÁLEZ citando POPPER: “la objetividad del conocimiento excluye la absolutez del conocimiento: ningún conocimiento que sea objetivo puede ser absoluto. El conocimiento objetivo tiene que ser contrastable; contrastable significa refutable; refutable significa no absoluto. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, J., *Ciencia y dogmatismo...*, cit., p. 40.

aprobación total o parcial, rechazo total o parcial-, tiende a repetir las conductas aceptadas, que les hayan permitido el éxito de sus objetivos, y a desistir o a innovar en las prácticas objetadas que no le hayan garantizado su éxito.

Las ciencias actúan de forma semejante, sistematizando el porcentaje de error²⁰⁵ del método científico con el objetivo de facilitar el control práctico sobre el asunto en estudio y proporcionar la formulación de principios que puedan ser claramente confirmados o refutados²⁰⁶. Ello funciona como una especie de mediación de las ciencias y sus métodos a través de los números. Su aplicabilidad en las ciencias físicas y biológicas es más notable teniendo en cuenta que sus fenómenos son más controlables y previsible, mientras en las ciencias sociales “no es posible hacer estimaciones precisas de propiedades intencionales porque las mediciones fundamentales son difíciles, y se encuentran pocas leyes numéricas que vinculen tales propiedades intencionales con las extensionales”²⁰⁷. Pero también, conforme razona DURKHEIM al formular su propuesta del método hipotético-deductivo, “no debe creerse que la sociología se encuentre en un estado de sensible inferioridad respecto de las otras ciencias, por no poder servirse, casi, más que de un solo procedimiento experimental. Efectivamente, este inconveniente se compensa a través de la riqueza de las variaciones que se ofrece espontáneamente a las comparaciones del sociólogo y de las que no se ofrecen ningún ejemplo en los otros reinos de la naturaleza”²⁰⁸.

Sin embargo, consideramos que, de esta notable diferencia en cuanto a la extensión y variedad de hipótesis fenomenológicas, suele suceder mayor aceptación judicial de las pruebas periciales basadas en las ciencias físicas o biológicas y que, por tanto, permiten un grado mayor de exactitud (como la prueba de ADN), así como una mayor resistencia con relación a los dictámenes que requieren la opinión personal del perito (como el

²⁰⁵ SIERRA BRAVO asevera que “en su sentido más general, error es cualquier equivocación o el hecho de tomar una cosa por otra en nuestros actos y pensamientos, pensando y actuando desacertadamente”. Además explica que “el error muestral es un error de tipo aleatorio estadístico, probable y genérico, que tiene lugar cuando se utilizan muestras y se basa en las fluctuaciones aleatorias del muestreo”. SIERRA BRAVO, R., *Técnicas de investigación social: teoría y ejercicios*, Madrid, 2007, p. 213.

²⁰⁶ COHEN, M. y NAGEL, E., *Introducción a la lógica y al método científico*, v. 2, *lógica aplicada y método científico*, Buenos Aires, 1971, p. 116.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 127.

²⁰⁸ DURKHEIM, E., *Las reglas del método sociológico* (Versión directa del francés por Paula Waisman), Buenos Aires, 1976, p. 104.

informe de un educador social). No obstante, en ambas situaciones la ciencia desarrolla –o debería hacerlo-, una técnica intrínseca al método aplicado que pueda indicar los márgenes porcentuales de error de sus resultados.

Las consecuencias prácticas de estas informaciones científicas a la valoración judicial de la prueba quizás podría ser resumida en los términos siguientes: cuanto más conocido el porcentaje de error del método aplicado por el perito más fuerza probatoria puede ser atribuida al dictamen y cuanto menor el porcentaje de error potencial del método también mayor valor jurídico le debe otorgar la sentencia.

En otras palabras, afirmamos que la fuerza probatoria de la prueba pericial es directamente proporcional al conocimiento del porcentaje de error del método utilizado e inversamente proporcional al porcentual de error potencial del método. Supongamos que dos dictámenes distintos concurren en un proceso: en uno de los dictámenes el perito utilizó un método “A”, que tiene un conocido porcentaje de error correspondiente al 20%; en el otro, el experto utilizó un método cuyo porcentaje de error es desconocido, el juez debería conferir más credibilidad al primero, aunque las conclusiones del segundo puedan parecer más razonables, porque tendría menor consistencia científica.

Otra hipótesis que podríamos plantear sería que los dos peritos utilizaran métodos distintos, ambos con conocidos y diferentes porcentaje de error. Razonamos que, de acuerdo con el criterio en análisis, el juzgador debería conferir más fiabilidad a las conclusiones del informe cuyo método pueda presentar menor error porcentual. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 24/2009 de 28 de mayo²⁰⁹, estimó el recurso del demandante con base en las pruebas periciales de autos,

²⁰⁹ **SAP Pontevedra (Secc. 1ª) 24/2009 de 28 de mayo (Rec.: 215/2009, ponente: Rodríguez González).** (Id Cendoj 36038370012009100329). FD 2º: (...) Conforme a las anteriores premisas, el criterio de esta Sala es que la valoración probatoria efectuada por la juez de instancia no obedece a los parámetros de la sana crítica. (...) Pues bien, no convencen a la Sala tales argumentos, en primer lugar porque el perito informante que merece credibilidad a la juzgadora a quo no ha tenido acceso a la pieza de convicción fundamental y **ha trabajado en este caso con fotocopias** que califica como “de primera generación y de buena calidad, en el documento dubitado”. En segundo lugar, el citado dictamen hace referencia a los métodos grafonómico y grafométrico, teniendo en cuenta el elemento dinámico de la escritura por lo que no se contempla como un resultado estático, sino como reflejo de gestos conscientes y/o inconscientes que provoca el continuo movimiento. (...) El conjunto de variables analizadas presenta un índice muy elevado de discrepancia que nos indica que la firma en cuestión no ha podido ser realizada por el demandado. (...) **Sin embargo la perito de la parte actora, la Sra. Esther que también elabora dicho dictamen a partir de fotocopias, lo cual pone de relieve y manifiesta que pueda aunque pueda llegarse a una conclusión no es definitiva, pero lo**

considerando básicamente: 1) que el dictamen emitido por la perita de designación judicial, al ser realizado sobre el documento original, puede analizar aspectos relativos a la presión y velocidad, no considerados en el dictamen del demandado, que fue realizado con base en fotocopias; 2) la coincidencia del resultado del informe de designación judicial con el dictamen del demandante que, más allá de los métodos grafonómico y grafotécnico²¹⁰, también se basó en el sistema de los gráficos de Locard y el análisis de las cajas de firmas²¹¹, lo que conferiría un menor error porcentual.

Y si analizamos un poco más allá en las hipótesis planteadas, también se podría considerar el supuesto en que los peritos hayan empleado el mismo método pero con la sustitución de uno de los elementos de la prueba, obteniendo distintas conclusiones con diferentes porcentuales de error, respecto al cual la resolución judicial debería inclinarse a aceptar el resultado con menor margen de error. Así ocurrió por ejemplo en la

juzga suficiente, cita dentro del método empleado aparte de la observación, el análisis grafométrico y grafonómico, los sistemas de los gráficos de Locard y el análisis de las cajas de firmas. A su juicio cumplen las firmas dubitadas los parámetros de estructura, continuidad y de gestos tipo, velocidad dirección, encuadre, (esto es el análisis grafonómico) y tamaño presentando, el grafométrico. (...) La presencia de extraordinarias similitudes grafométricas y grafonómicas entre las firmas sometidas a cotejo se llega a la conclusión de que la dubitada pertenece efectivamente al demandado. Como explicó en el acto del juicio el análisis grafonómico hace referencia a la apariencia, en tanto el análisis grafométrico al conjunto de mediciones longitudinales de toda la grafía espacios y palabra. (...) **Por su parte el dictamen elaborado por D^a Blanca, la que además de perito calígrafo, es Licenciada en psicología y en criminología, coincide con el anterior. La perito realiza el análisis sobre el documento original. Igualmente realiza una análisis grafonómico (presión, continuidad velocidad, proporción) y grafométrico para llegar a establecer un 80% de autenticidad de las firmas.** (...) ...Las diferencias obtenidas en los cotejos grafométricos en valores absolutos no son tan determinantes como los datos de las proporciones entre los distintos elementos puesto que estas son independientes del espacio y suelen tender a mostrar una cierta constancia idiosincrática a cada persona". **Las declaraciones de los peritos en el acto del juicio fueron muy aclaratorias, de tal manera que la perito judicial declaró que a veces existe una coincidencia al 90% o 100%.** Insistiendo en que las firmas características que se escapan a un falsificador, la presión sobre todo, y la velocidad -circunstancias esta que D. Plácido no puede valorar porque operó con una fotocopia no con un original. (Destacado nuestro).

²¹⁰ ANTÓN Y BARBERÁ y MÉNDEZ BAQUERO explican que el *método grafonómico* “implica una explicación morfológica de las escrituras y firmas a analizar” y, citando LOCARD, que el *método grafotécnico* “es un método que tiene por objeto descubrir en las falsificaciones por disimulación, y en la imitación, los caracteres cuantitativos proporcionales que definen un escrito y que el falsario no modifica porque no son aparentes”. ANTÓN Y BARBERÁ, F. y MÉNDEZ BAQUERO, F., *Análisis de textos manuscritos, firmas y alteraciones documentales*, Valencia, 2005, pp. 136 y 138 respectivamente.

²¹¹ Sobre el tema ver también MARTIN SANCHEZ, T., *Peritación caligráfica, tratado básico de falsificaciones documentales*, Madrid, 1997, pp. 101-143.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 334/2010 de 21 de junio²¹². En el caso se admitió la ampliación del dictamen pericial para incluir a la pericia un hermano del demandante, a pesar de que la prueba pericial inicial de ADN ya estimase la probabilidad de 99,9995% de que el demandado fuese el padre del demandante. Dicha ampliación resultó en la afirmación científica que el perfil genético que definía a la hija era 267,11 veces más probable si su padre fuera el demandado que un hermano de éste.

De lo expuesto hasta ahora, podríamos afirmar que el desarrollo científico y tecnológico promueve una influencia cada vez más intensa con relación a la toma de decisiones judiciales, especialmente cuando los ínfimos porcentuales de error conferidos al método utilizado por el perito nos permite operar, en el marco del proceso, con un asumible grado de certidumbre²¹³.

La parte debe sopesar bien en los casos en que puedan proponer o practicar directamente una prueba pericial científica. Más allá de los costes, de las incertezas que pueda haber en su resultado y de la relevancia en cuanto a la clarificación del hecho controvertido y su pretensión jurídica, también ella debe considerar *el grado de error del método a ser utilizado en la pericia*. Es decir, no es suficiente que la prueba pericial sea relevante para la resolución de la demanda, es necesario también que el resultado ofrecido por las conclusiones esté basado en un método o técnica cuyo grado de error sea conocido y, en el caso que haya más de uno, el que posee el menor grado. Cada

²¹² **SAP Sevilla (Secc. 2ª) 334/2010 de 21 de junio (Rec.: 5321/2009, ponente: Márquez Romero).** (Id Cendoj 41091370022010100208). FD 3º: En cuanto al fondo del asunto, tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia así como de lo alegado en los respectivos escritos de interposición y oposición al recurso y en el acto de la vista en esta segunda instancia no puede la Sala sino confirmar el criterio de la sentencia apelada estimando que frente a las declaraciones de los testigos y las posibles contradicciones de los mismos sobre la posibilidad de que el Sr. Carlos Alberto se encontrase en Tarrasa en el tiempo posible de la concepción, Semana Santa de 1968, y que se basa en el hecho de la distancia existente entre la ciudad en la que cursaba sus estudios, Tarrasa, y Tarifa que prácticamente obligaba a estar dos días de viaje, mientras que las testigos que declararon a instancias de la parte actora declararon que el Sr. Carlos Alberto pasaba casi todo el tiempo entre Cádiz y Tarifa, ha de tenerse en especial consideración el resultado de la prueba biológica practicada con todas las garantías por el Instituto Nacional de Toxicología que concluyó que "la consideración genética de **los resultados obtenidos permite deducir que no existe incompatibilidad genética para una relación paterno filial entre Carlos Alberto y Andrea , estimando que la probabilidad de paternidad era de un 99,9995% estimando en consecuencia como "paternidad prácticamente probada"** según el baremo de predicados verbales de Hummel, **por último en la ampliación del dictamen, ante la alegación de que pudiera ser el padre biológico un hermano del Sr. Carlos Alberto se afirma " que la obtención del perfil genético que define a la hija es 267,11 veces más probable si su padre biológico fuera Carlos Alberto que si fuera un hermano de éste"**. (Destacado nuestro).

²¹³ PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., p. 208.

método de las diversas ciencias aplicables a las pruebas periciales posee diferentes grados de error, indicados de acuerdo con otros métodos científicos de determinación de su fiabilidad²¹⁴.

No se puede exigir de la parte el conocimiento de todos los métodos científicos en los cuales se basan los peritos para emitir sus dictámenes. Sin embargo, es recomendable que, con antelación a la práctica de la prueba pericial o a su solicitud, ella busque informaciones sobre el grado de error conocido del método a ser utilizado. Y es más, debe preferir aquel de mayor grado certeza de entre los disponibles y aquellos factibles de realización en el ámbito del juicio.

El juzgador, cuando se enfrenta a la valoración del dictamen le competiría contestar en la sentencia básicamente a la siguiente cuestión: “¿Cuenta la técnica –o el método, añadimos nosotros-, con una tasa de error conocido y con normas técnicas de control de su operatividad?”²¹⁵. La respuesta a esta pregunta en la sentencia puede ser esencial para la resolución de la demanda especialmente en los casos en que la prueba pericial sea determinante.

En resumen, las pericias practicadas con el empleo de técnicas o métodos sobre los cuales se conozca el porcentaje de error tendrían preponderancia sobre las pericias cuyo método utilizado no informe o ignore el referido porcentaje, así como en la concurrencia de dictámenes distintos con diferentes métodos debería prevalecer el informe del método de menor porcentaje de error.

²¹⁴ SELLTIZ describe los siguientes métodos de medición de la fiabilidad de una investigación en las relaciones sociales: 1) *estabilidad de resultados*, determinado sobre la base de la consistencia de las medidas después de aplicaciones repetidas; 2) *estimaciones de equivalencia*, que tratan de conocer en que grado los distintos investigadores utilizando el instrumento para medir a los mismos individuos al mismo tiempo, o distintos instrumentos aplicados a los mismos individuos al mismo tiempo, llegan a resultados consistentes; 3) *homogeneidad*, cuando el propósito para el que va a usarse un test no precisa de formas alternativas (por ejemplo, cuando no se ha planeado mediciones repetidas), la equivalencia de resultados basados en las distintas muestras de ítems pueden ser estimadas mediante el análisis interno de las respuestas a los ítems de un solo test. SELLTIZ, C., WRIGHTSMAN, L. S., COOK, S. W., con la colaboración de BALCH, G. I. [*et al.*], *Métodos de investigación...*, cit., p. 77.

²¹⁵ PEREZ GIL razona que “una prueba conducente a remachar este extremo debería ser repelida por inútil en tanto, en virtud de criterios razonables y seguros, en ningún caso podría contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (art. 283.2 LEC)”. PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., p. 110.

El ejemplo más representativo de la fuerza del criterio del *porcentaje de error del método* en la valoración de la prueba pericial es, sin duda, el examen de ADN, que, por un lado, “proporciona al juez, a través de un dictamen científicamente razonado, un índice de certeza en la exclusión del 100 por ciento”²¹⁶ la relación paternofilial de orden biológico entre las personas involucradas en el proceso. Y, por otro lado, dicha prueba “se presenta con un grado de aproximación a la certeza del 99 por 100, por lo que es <<prácticamente>> segura y, por lo tanto, es sustancialmente definitiva para la identificación del sujeto en cuestión”²¹⁷. La jurisprudencia ha reconocido la fuerza de los resultados de la prueba genética que llegan afirmar hasta un 99,999999 por ciento de acercamiento en cuanto a sus resultados, lo que implica un porcentaje de error insignificante, conforme se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 403/2009 de 25 de noviembre²¹⁸.

El análisis del ADN es admitido como medio idóneo de prueba, tanto en el proceso civil cuanto en el penal²¹⁹, y se ha convertido en “la prueba estándar en los procesos de

²¹⁶ LLEDÓ YAGÜE, F., “La prueba en los procesos de filiación”, en *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, en ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.), Las Rozas (Madrid), 2011, p. 1079.

²¹⁷ TARUFFO, M., *La prueba*, cit., p. 293.

²¹⁸ **SAP Palma de Mallorca (Secc. 4ª) 403/2009 de 25 de noviembre (Rec.: 364/2009, ponente: Aguiló Monjo)**. (Id Cendoj 07040370042009100365). FD 1º: (...) Designado perito, tal como se había solicitado y acordado, por la médico forense nombrada se procedió a la toma de muestras, no de sangre, sino de mucosa de la cavidad oral, de las tres personas anteriormente indicadas, lo que se llevó a cabo el día 29 de mayo de 2008, señalado al efecto. Tales muestras fueron remitidas al Instituto Nacional de Toxicología del Ministerio de Justicia con sede en Barcelona, desde el cual se remitió dictamen en el que se concluía que los resultados obtenidos en el estudio de los polimorfismos de ADN, no permiten excluir la relación paterno-filial de Arturo respecto a María Milagros; **siendo la probabilidad de paternidad obtenida superior al 99,999999% y el índice de paternidad obtenido de 131359146**. Recibido por el juzgado de instancia dicho informe pericial el 27 de noviembre de 2008 se dictó providencia de fecha 11 de diciembre de 2008 por la que se convocaba a las partes a la celebración de la vista principal para el siguiente 19 de mayo de 2009. Antes de esta fecha y, en concreto el 26 de marzo de 2009, la representación procesal de D. Arturo presentó escrito en el que se afirma haber tenido traslado del dictamen antes referido y en el que se lee que "a la vista del resultado, que arroja una probabilidad de paternidad de mi representado con respecto a Dª. María Milagros de un 99,999999%, es la voluntad de mi mandante la de allanarse a la demanda al resultar ser el padre biológico de la actora, con todos los derechos y deberes que legalmente sean inherentes a la referida declaración". (Destacado nuestro).

²¹⁹ CARRACEDO registra que “los tipos de pericias más solicitadas por los tribunales son los casos de investigación biológica de la paternidad, pericias de criminalística biológica, (estudio de vestigios biológicos de interés criminal como manchas de sangre, esperma, pelos, etc.) y, finalmente, problemas de identificación”. CARRACEDO, A., “La huella genética”, en *Cincuenta años de ADN: la doble hélice*, en GARCÍA BARRENO, P. (Dir.), Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2003, p. 229.

filiación”²²⁰. Y es que en los diagnósticos de paternidad -a diferencia por ejemplo de las pericias de criminalística biológica²²¹-, suele ocurrir una previa indicación del presunto padre por la parte interesada, lo que permite su realización por diversos medios²²².

El grado de fiabilidad de la prueba de ADN, en materia de filiación, se debe al ínfimo margen de error de su método y como consecuencia proporciona una precisión científica tal, que podría resultar inútil el intento de producir otra prueba para la aclaración de los hechos controvertidos ya demostrados por la pericial²²³. Respecto a este tema, la doctrina relata un interesante precedente de la Corte Constitucional italiana²²⁴ que, en demanda de cancelación de paternidad, rechaza por irrelevante la producción de prueba sobre eventual adulterio de la madre, teniendo en cuenta que la prueba genética ya confirmó que el padre biológico coincidía con el que ostentaba la paternidad jurídica. Estimamos que, en este caso, la prueba del adulterio correspondería mucho más a la

²²⁰ AÑOVEROS TERRADAS, B., “La prueba de paternidad en los reconocimientos de complacencia”, en *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, en ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.), Las Rozas (Madrid), 2011, p. 1163.

²²¹ CARRACEDO, comentando el valor de la prueba de ADN en manchas biológicas, aclara que “aunque coincidan varios marcadores siempre existirá una incertidumbre sobre si la mancha pertenece al individuo, que, en muchas ocasiones, puede ser mínima, pero siempre es cuantificable y no puede hablarse en ningún caso de incriminación o seguridad absoluta”. CARRACEDO, A., “La huella genética”, cit., p. 258.

²²² MARTÍNEZ DE PANCORBO asevera que “los *diagnósticos de paternidad* pueden realizarse tanto en presencia como en ausencia del presunto padre y, según los casos, requieren del análisis de diferentes personas. El caso más habitual es el análisis del trío formado por el presunto padre biológico, el hijo/a y la madre. En ocasiones la madre no se somete al análisis, sin embargo, es también posible determinar la paternidad biológica. La ausencia del presunto padre (desaparición, fallecimiento,...), requiere el análisis de otros parientes por vía paterna, tales como los abuelos; cuando no es posible se puede determinar la paternidad biológica en ausencia del presunto padre si existen diversos hermanos, a partir de los cuales se pueden reconstruir las características genéticas del padre biológico y comprobar posteriormente la paternidad con respecto al hijo en cuestión; otro recurso consiste en el análisis de especímenes clínicos que hubieran sido obtenidos del presunto padre, por ejemplo como consecuencia de alguna biopsia o intervención quirúrgica, o bien tomados durante una autopsia previa a la inhumación. Por último, ante la imposibilidad de cualquiera de las alternativas anteriores cabe todavía el recurso de la exhumación del cadáver”. MARTÍNEZ DE PANCORBO, M. A., CASTRO A. y FERNÁNDEZ-FERNÁNDEZ, I., “Límites de la tecnología basada en el ADN”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, diciembre de 1998, n. 12, p. 128.

²²³ PÉREZ GIL, analizando los parámetros y referentes externos de la fiabilidad, enseña que “suele afirmarse que en estos casos ni siquiera entraría en juego sistema alguno de valoración pues no podrían existir dictámenes contradictorios y, además, el juez no podría afirmar en la sentencia algo diferente de lo afirmado por el perito salvo incurriendo en sonora arbitrariedad”. PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., p. 207.

²²⁴ TARUFFO, M., *La prueba*, cit., p. 293.

satisfacción de un interés personal del padre que en la clarificación del hecho controvertido para la resolución de la demanda.

Ante tal realidad nos planteamos: ¿De qué otros tipos de pruebas se podría disponer para contrastar el resultado de una prueba pericial con tal grado de fiabilidad? La persona que resultara perjudicada por una prueba con estas características, ¿qué otros mecanismos procesales podría utilizar para evitar la desestimación de su pretensión? La respuesta lógica o incluso instintiva sería que cualquier prueba de ADN es determinante para la resolución judicial, sobre todo en los casos de *filiación* donde en la mayoría de los casos se puede realizar la prueba con el trío formado por el presunto padre biológico, el hijo y la madre.

Una solución apuntada por LLEDÓ YAGÜE, con base en el riesgo de error o fraude en la práctica de la prueba científica, podría ser la realización del examen de ADN por dos laboratorios distintos, “ya que la garantía científica se vería complementada por la posibilidad de que se practicara una contraprueba”²²⁵. El referido autor sostiene la contraprueba como principio esencial de la prueba científica si alguien lo solicita y cuestiona la necesidad de su regulación en estos supuestos²²⁶. Estamos de acuerdo con el argumento utilizado para exigirse la obligatoriedad de una segunda prueba, a la vez que implicaría mayor seguridad a las resoluciones judiciales, mayor poder de convencimiento de las partes y podría evitar innecesarios recursos sobre el tema.

Sin embargo, este entendimiento no parece prevalecer en la jurisprudencia que exige que la realización de contraprueba presuponga la demostración de error o fallo en la cadena y custodia de las muestras, no pudiendo servir de argumento una supuesta similitud física entre el hijo y el presunto padre. Como ejemplo, se puede citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 373/2010 de 7 de octubre²²⁷, que

²²⁵ LLEDÓ YAGÜE, F., “*La prueba en...*”, cit., p. 1080.

²²⁶ CARRACEDO refiere que en otros países, como Holanda, el acusado en el proceso penal “tiene el derecho, reconocido legalmente, a una prueba posterior si no está totalmente de acuerdo con los resultados que arrojan los primeros análisis” y observa que la escasez del material biológico (indicios mínimos) puede dificultar o impedir la realización del contraperitaje. CARRACEDO, A., “La huella genética”, cit., pp. 47 y ss.

²²⁷ “SAP Cáceres (Secc. 1ª) 373/2010 de 7 de octubre (Rec.: 460/2010, ponente: Bote Saavedra). (Id Cendoj 10037370012010100384). FD 1º: (...) En el escrito inicial del procedimiento se promovió acción de impugnación de determinación legal de filiación no matrimonial contra los demandados; pretensión que fue estimada en la sentencia de instancia, y disconforme la parte demandada, se alza el recurso de apelación alegando en síntesis, los siguientes motivos: 1º) (...) Llegamos a la anterior conclusión **-error en la cadena de custodia-** como consecuencia del

desestimó el recurso del demandante considerando: que de la prueba de ADN practicada resulta la incompatibilidad genética entre el demandante y el presunto padre; que no se ha probado que se haya producido error o fallo en la cadena de custodia de las muestras como alega el recurrente, sino todo lo contrario, están perfectamente identificadas e individualizadas las tres personas a las que se tomaron las muestras y con ellas se hizo la prueba biológica.

Pero si entre los posibles argumentos para la práctica de la contraprueba de ADN o para su no admisión se pudiese argüir un eventual error o fallo en la cadena y custodia de las muestras, ¿cómo se podría probar ese error o fallo? ¿Con base en qué elemento puede la parte demostrar lo ocurrido? Creemos que la certificación del secretario judicial informando que la persona que compareció para la extracción del material no fuera la parte interesada, sino un tercero. También se podría apuntar como hipótesis de prueba de fallo en la custodia de las muestras, un documento oficial del laboratorio o instituto que realizó el examen dando cuenta de que las muestras extraídas de las partes fueron indebidamente cambiadas. Si la parte interesada promueve este tipo de prueba antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, estimamos la posibilidad de que la prueba pericial de ADN sea nuevamente practicada, de acuerdo a lo previsto en el artículo 286.1 y 286.3 LEC²²⁸.

resultado contundente obtenido que determina la exclusión de la paternidad y como consecuencia, asimismo, del máximo respeto que tiene esta parte a la prueba pericial de ADN por ser, quizás, la prueba de identificación más segura y fiable. Por ello, entendemos que para que los derechos fundamentales de las partes no se vean seriamente afectados, se debe medir con mucha precisión la debida acreditación en la prueba pericial de ADN practicada y de los aspectos técnicos de tal acreditación. **Por todo ello, entiende que no se debe considerar el resultado obtenido en la prueba biológica, a los efectos de resolver sobre la impugnación de la paternidad, por error o fallo en la cadena de custodia de las muestras obtenidas a Don José María.** (...) 3º) Error en la valoración de las pruebas. (...) De las pruebas propuestas y practicadas se pone de relieve la real paternidad de Don Onésimo, sobre todo por **la semejanza en el aspecto, muy similar, del actor y del demandado, como consta acreditado en la grabación de la vista celebrada** el día de Enero de 2009, a la que ambos asistieron. SEGUNDO.- Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo es necesario, comenzar diciendo que, como adelantamos en el Auto denegando la prueba de nueva práctica de la prueba biológica, no es posible jurídicamente practicar una prueba que ya ha tenido lugar, de ahí que no esté contemplada en ninguno de los supuestos del *Art. 460 LEC*, **máxime cuando no se ha probado, que se haya producido error o fallo en la cadena e custodia de las muestras como le alega**, sino todo lo contrario, están perfectamente identificadas e individualizadas las tres personas a las que se tomaron las muestras y con ellas se hizo la posterior prueba biológica” (Destacado nuestro).

228

“**LEC. Artículo 286: 1.** Si precluidos los actos de alegación previstos en esta Ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito, que se llamará de ampliación de hechos, salvo que la alegación

Sólo en los casos en que la prueba sobre el error o fallo en la cadena y custodia de las muestras de la prueba de ADN sólo sea obtenida tras el transcurso del plazo para dictar sentencia, consideramos la posibilidad de una nueva práctica de la prueba pericial en la segunda instancia, de conformidad con el artículo 461.3 LEC²²⁹, combinado con el artículo 460.2.3 LEC²³⁰. Como ejemplo, traemos a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 368/2010 de 30 de junio²³¹, relativa a una demanda de impugnación de filiación paterna: en este caso, el recurso de la demandante fue

podiera hacerse en el acto del juicio o vista. En tal caso, se llevará a cabo en dichos actos cuanto se prevé en los apartados siguientes. **3.** Si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil del modo previsto en esta Ley según la clase de procedimiento cuando fuere posible por el estado de las actuaciones. En otro caso, en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre las diligencias finales.”

²²⁹ “**LEC. Artículo 461.3.** Podrán acompañarse los documentos y solicitarse las pruebas que la parte o partes apeladas consideren necesarios, con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, así como formularse las alegaciones que se estimen oportunas sobre la admisibilidad de los documentos aportados y de las pruebas propuestas por el apelante.”

²³⁰ “**LEC. Artículo 460.2.** En el escrito de interposición se podrá pedir, además, la práctica en segunda instancia de las pruebas siguientes: **3.** Las que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad.”

²³¹ “**SAP Murcia (Secc. 4ª) 368/2010 de 30 de junio (Rec.: 133/2010, ponente: Martínez Pérez).** (Id Cendoj 30030370042010100349). FD 2º: Que a efectos de resolver la cuestión planteada en el presente recurso hay que referir los siguientes particulares: a) que en la demanda formulada en nombre de D. Jorge se ejerció acción de impugnación de la filiación paterna, solicitándose que se declarara que el menor Juan Antonio no era hijo del actor, D. Jorge; b) que el actor, D. Jorge contrajo matrimonio con la demandada, Doña Sagrario, el 22 de abril de 2006, folio 8, y que el menor, Juan Antonio, nació el 5 de abril de 2007, figurando inscrito en el Registro Civil como hijo de los antes referidos, c) que con el escrito de demanda se acompañó informe de prueba biológica de la paternidad del laboratorio ADF TecnoGen, refiriéndose en éste que se tomaron muestras biológicas del presunto padre biológico, Jorge, y del hijo, Juan Antonio, de fecha de nacimiento 5 de abril de 2007, que las muestras se tomaron en fecha 1 de diciembre de 2007 en las instalaciones del laboratorio de Centrofama, sito en la C/. Gutiérrez Mellado, nº 9, de Murcia, que la recepción de las muestras fue el 4 de diciembre de 2007 en las dependencias del laboratorio ADF TecnoGen, S.L., sito en Madrid. Se afirma en el apartado ANALISIS DE LOS RESULTADOS: "Se han encontrado 7 exclusiones de Paternidad en el estudio de un total de quince marcadores autosómicos. Las exclusiones se ha dado en los sistemas siguientes: D8S1179, TH01, D16S539, D19S433, VWA, TPOX y FGA". En el apartado CONCLUSIONES DEL PERITO se indica: "Por todo lo anterior, el perito considera que la paternidad biológica de Jorge sobre Juan Antonio ha quedado EXCLUIDA: Jorge no puede ser el padre biológico de Juan Antonio". El informe está firmado por el Biólogo, Balbino y por el Doctor en Biología, Adolfo. Este perito compareció en el acto de juicio y ratificó las conclusiones del informe y d) en el informe realizado por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencia Forenses de fecha 12 de Noviembre de 2008, en virtud de la prueba acordada en sede de apelación se afirma: “CONCLUSIONES: Los resultados obtenidos en el análisis de polimorfismos de ADN mediante técnicas de ampliación génica permiten excluir a Jorge como padre biológico de Juan Antonio, mostrándose las correspondientes exclusiones en los siguientes sistemas (D8S1079, TH01, D16S539, D19S433, vWA, TPOX, FGA)”.”

estimado con base en una nueva prueba genética realizada en segunda instancia que ratificó las conclusiones del primer informe presentado con la demanda y que excluía al demandante como padre biológico del demandado. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda sobre impugnación de la paternidad considerando que el demandante no había acreditado que no fuera el padre del menor ya que el informe aportado no tenía valor probatorio por la diversidad de fechas locales y peritos, con relación a la extracción de las muestras. Y es que la toma de la muestra ocurrió en Murcia el 1 de diciembre de 2007, en las instalaciones de las dependencias de un laboratorio, y su recibimiento ocurrió en Madrid el 4 de diciembre de 2007 en otro laboratorio.

5.5 Cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica aplicada

Consideramos que la primera estandarización²³² impuesta al dictamen sea la prevista en el artículo 336.2 LEC, que establece su formulación por escrito, acompañado de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer en el informe lo que haya sido el objeto de la pericia, así como los documentos que se estimen adecuados para su valoración. La interpretación literal de esta norma podría significar que el perito no estaría obligado a hacer referencia en su informe escrito sobre la técnica aplicada para la formulación del dictamen. Por lo que se infiere que el perito dispone de un amplio espacio de libertad para desarrollar sus actividades, eligiendo las técnicas y métodos que le parezcan más adecuados y, a partir de ellos, establecer sus conclusiones.

No parece haber duda en cuanto al derecho a la libertad de actuación del perito en la formulación del dictamen, “en la medida que recibe de la parte o del juez un encargo profesional, sin que pueda coartarse su capacidad investigadora, más allá de los límites que se deriven de las normas deontológicas o penales”²³³. Pero dicha libertad no le permite omitir en el dictamen cual es la técnica utilizada para lograr sus conclusiones. Primero porque en el artículo 347 LEC establece la posible actuación de los peritos en el juicio o en la vista y, entre ellas, prevé respuestas a las preguntas y objeciones, sobre

²³² Según la Real Academia Española *estandarizar* significa *acción y efecto de estandarizar*, es decir, *ajustar a un tipo o norma*. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/>. Fecha de consulta: 14.5.2011.

²³³ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 78.

método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen, así como la crítica del dictamen por parte del perito de la parte contraria. Segundo por cuenta de que el aspecto relativo a la técnica aplicada y su correcta utilización sea objeto de valoración judicial del dictamen científico²³⁴, aún en el caso de que no haya actuación oral del perito.

Todo ello requiere que el informe pericial técnico-científico indique cual es la técnica aplicada y más aún, que demuestre el cumplimiento de los estándares correspondientes. El contradictorio sobre la prueba pericial resultará perjudicado y el juez podrá no atribuir valor probatorio al dictamen, en el caso de que sea presentado desprovista de esas informaciones.

Parece razonable afirmar que todo profesional que pretenda ver su trabajo valorado positivamente suele mencionar referencias metodológicas y técnicas que haya utilizado, así como su correcta aplicación en el desarrollo de su encargo. Para ello debe realizar su dictamen de acuerdo a los requisitos respectivos a su área de actuación, los cuales pueden estar establecidos por ley y tener por tanto carácter reglamentario o estar especificados en normas, especificaciones u otros documentos de carácter voluntario.

El criterio referente al *cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica aplicada* correspondería a una cierta institucionalización de la certificación sobre el control de la *calidad y seguridad* del producto o servicio puesto a la disposición de la sociedad. Como ejemplo de organismo creado con la finalidad de acreditar a los *organismos de control*²³⁵, se puede citar la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), que “es el organismo designado por la Administración para establecer y mantener el sistema de acreditación a nivel nacional, de acuerdo a normas internacionales, siguiendo en todo momento las políticas y recomendaciones establecidas por la Unión

²³⁴ PÉREZ GIL destaca que “en su tarea probablemente quede integrada implícitamente una calificación jurídica que pasará a sentencia, por lo que el ámbito decisional habrá entrado en una esfera vetada a otras comprobaciones que las que se deduzcan de la válida incorporación al proceso de unos elementos que se pretenden objetivos (existencia de normas técnicas y/o procedimiento de acreditación)”. PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., p. 212.

²³⁵ El artículo 15.1 de la Ley 21/1992 de 16 de julio, de Industria establece que “los Organismos de Control son aquellas personas naturales o jurídicas, que teniendo capacidad de obrar, dispongan de los medios técnicos, materiales y humanos e imparcialidad necesarios para realizar su cometido y cumplan las disposiciones técnicas que se dicten con carácter estatal a fin de su reconocimiento en el ámbito de la Unión Europea”.

Europea”²³⁶. Su actuación abarca a los Laboratorios de ensayo, Laboratorios de Calibración, Entidades de Inspección, Entidades de certificación de productos, Entidades de Certificación de sistemas de gestión, Entidades de Certificación de personas, Verificadores medioambientales, Proveedores de Programas de Intercomparación, Principios de Buenas Prácticas de Laboratorio, en estudios de productos fitosanitarios y sustancias químicas industriales y Verificadores de emisiones de gases de efecto invernadero.

Sobre el tema también procede mencionar la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), que es una entidad privada e independiente que tiene como objetivo contribuir, mediante el desarrollo de las actividades de normalización y certificación, a mejorar la calidad en las empresas, sus productos y servicios, así como proteger el medio ambiente y, con ello, el bienestar de la sociedad²³⁷.

En el plano mundial se puede mencionar la Organización Internacional para la Estandarización (ISO), que “es el organismo encargado de promover el desarrollo de normas internacionales de fabricación, comercio y comunicación para todas las ramas industriales a excepción de la eléctrica y la electrónica”²³⁸. Los estándares ISO más conocidos son los relativos a los *sistemas de gestión de la calidad*, pero la organización también desarrolla normas de estandarización sobre otros temas, como son: medidas de papel, factores de calidad del software, gestión medioambiental en entornos de producción, gestión de seguridad de la información, etc.

Desde el punto de vista de la valoración del dictamen pericial, se podría inferir que, ante informes contradictorios, la aplicación del criterio que refiere al *cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica aplicada por el perito* puede tener como consecuencia que el juez otorgue mayor fuerza probatoria al dictamen emitido con base en los criterios estandarizados en las normas administrativas aplicables que a los informes que tienen en cuenta otras referencias técnicas. Como ejemplo, podemos referimos a la Sentencia 313/2010 de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 3 de

²³⁶ Entidad Nacional de Acreditación. Disponible en: <http://www.enac.es/web/enac/definicion>. Fecha de consulta: 16.05.2011.

²³⁷ Asociación Española de Normalización y Certificación. Disponible en: <http://www.aenor.es/aenor/aenor/mision/mision.asp>. Fecha de consulta: 16.05.2011.

²³⁸ Wikipedia. Organización Internacional para la Estandarización. Disponible en: <http://www.enac.es/web/enac/definicion>. Fecha de consulta: 16.05.2011.

julio²³⁹, relativa a una demanda de resolución de contrato. La prueba pericial clarificó uno de los hechos controvertidos de la demanda relativo al criterio técnico aplicable para la clasificación del vehículo semirremolque frigorífico, si era de clase A (frigorífico normal) o de clase C (frigorífico reforzado, previsto en contrato y exigible para el transporte internacional de mercancías percederas). El dictamen emitido por el Laboratorio de Termodinámica de la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Industriales -dependiente de la Universidad Politécnica de Madrid-, con base en la normativa administrativa aplicable al respecto, concluyó que el resultado final del ensayo indica que el valor del coeficiente K del vehículo frigorífico analizado es 0,48 W/m² K, y por lo tanto no puede ser reconocido como FRC (Frigorífico Reforzado de

²³⁹ “SAP Pontevedra (Secc. 1ª) 313/2010 de 3 de junio (Rec.: 276/2010, ponente: Montenegro Vieitez). (Id Cendoj 36038370012010100467). FD. 5º. 3) Finalmente, la última cuestión suscitada, que constituye la esencia de la controversia, es si ha habido propio y verdadero incumplimiento del contrato de arrendamiento de obra por parte de Dafer. Sabemos que ésta se había obligado no sólo a construir un semirremolque frigorífico, sino que éste, además, estuviese dotado de los elementos técnicos que le permitiesen la obtención de la calificación como de clase C en España y Portugal. Igualmente, ya sabemos que en España tal homologación fue concedida aparentemente sin mayor problema, mientras que las autoridades portuguesas (por cierto, como se verá, enmendando la plana a las de por aquí) la denegaron, limitándose a autorizar el furgón como frigorífico normal clase A. La normativa administrativa aplicable al respecto -Resolución de 16 de Noviembre de 2004, de la Secretaría General Técnica, relativa al Acuerdo sobre transportes internacionales de mercancías percederas y sobre vehículos especiales utilizados en esos transportes (ATP), hecho en Ginebra el 1 de Septiembre de 1970- exige para la obtención de la clasificación como frigorífico reforzado de clase C, entre otras consideraciones técnicas que no vienen al caso, que se alcance un coeficiente global de transmisión térmica (K) igual o inferior a 0,40 W/m². La demandada en su escrito de recurso insiste en que cumplió la obligación pactada, "pues procedió a la entrega a la entidad actora de un semirremolque frigorífico, de determinadas medidas, homologado, y que está certificado en España como frigorífico reforzado de la clase C (FRC) por un Organismo de Control Autorizado, la entidad IGC (...)". Recordemos que, precisamente, el organismo de control español (IGC) apreció en el furgón de litis un coeficiente global de transmisión térmica de K=0,35 W/m² (lo que implicaría cumplir la normativa sectorial en torno a la obtención de la homologación como vehículo clase C), mientras que el ensayo practicado por el análogo servicio portugués, Instituto de Soldadura e Qualidade, determinó un resultado de K=0,46 W/m² (lo que impediría e impide, tanto en Portugal como en España, la consecución del certificado de clase C). Llegados a este punto, ninguna duda se puede abrigar acerca del carácter decisivo que ha alcanzado el informe pericial elaborado, por designación judicial, por el Laboratorio de Termodinámica de la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Industriales, dependiente de la Universidad Politécnica de Madrid (folios 177 a 185), cuya fiabilidad per se al tratarse de un órgano técnico ajeno a los intereses de las partes, si cabe, se ve incrementada por el hecho de haber sido precisamente el instituto que, con fecha 17 de Mayo de 2002 (ver documento número 2 de la contestación, folios 78 a 82), había homologado la clase o tipo de semirremolque de las mismas características que el encargado por la empresa demandante. Y sus conclusiones ciertamente no pueden ser más claras y contundentes, puesto que ante la cuestión planteada por la parte actora (que "previo examen del vehículo y mediciones, determine si el mismo logra el coeficiente global de transmisión térmica igual o inferior a K= 0,40 W/m², preciso para ser clasificado como vehículo frigorífico reforzado clase C") el ingeniero suscriptor del informe concluye que el resultado final del ensayo "indica que el valor de dicho coeficiente K es 0,48 W/m² K, y por lo tanto no puede ser reconocido como FRC (Frigorífico Reforzado de la clase C) conforme a lo establecido en el citado Reglamento ATP.”

la clase C) conforme a lo establecido en la Resolución de 16 de Noviembre de 2004, de la Secretaría General Técnica, relativa al Acuerdo sobre transportes internacionales de mercancías perecederas y sobre vehículos especiales utilizados en esos transportes. El recurso del demandado fue estimado parcialmente únicamente en lo que refiere al valor de la indemnización debida, ante el reconocimiento judicial de la resolución del vínculo contractual existente entre las partes litigantes, puesto que ha quedado sobradamente demostrada la inhabilidad del objeto entregado para el fin que se pretendía.

Teniendo en cuenta las distancias debidas, estimamos que la adopción del criterio sobre el *cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica aplicada* representaría una nueva versión del *criterio de prevalencia del informe de la Administración*, comentado en el capítulo primero, que se basaba en una presunción de mayor competencia profesional del técnico de la administración y mayor objetividad en su informe. Pero ahora ya no se trataría del reconocimiento judicial de una *oficialidad necesariamente estatal o administrativa*, sino de la afirmación de una *oficialidad técnica o científica*, acreditada por un organismo académico, profesional o industrial.

Con relación a la *tecnocracia y la expertocracia*, podemos afirmar que algunos factores de naturaleza social y científico tecnológico -entre los cuales, destacamos el crecimiento poblacional, la progresiva especialización de las ciencias y de las técnicas, y la creación de organismos corporativos de los más diversos grupos profesionales sean públicos o privados-, proporcionaron el surgimiento de instrumentos normativos de autorregulación y autocontrol respecto a la seguridad y calidad de las actividades desarrolladas en las diversas ramas del conocimiento humano. De ahí sucede que la afiliación facultativa u obligatoria del profesional a estas corporaciones, o la aplicación de los estándares técnico-científicos reglamentados por ellas, pueden conferir al profesional y/o a su trabajo un grado superior de fiabilidad con relación a sus pares que no sean afiliados o que no utilicen los referidos estándares.

Las normas técnicas y procedimentales establecidas por los expertos, incluso en materia de determinación de riesgos permitidos o niveles de seguridad exigibles, vienen influyendo cada vez más en los espacios públicos donde se toman decisiones

jurídicas²⁴⁰, sea en virtud del vacuo legislativo sobre la materia, sea por cuenta de una legislación desactualizada.

Creemos que, con relación a la valoración judicial de los dictámenes periciales, por lo menos dos problemas podrían ser planteados en estos supuestos:

- 1) la falta de legitimidad política o la parcialidad de los estándares establecidos por la tecnocracia o expertocracia al establecer sus propias normas de control. Teniendo en cuenta que los costes de sus actividades suelen ser patrocinados por un reducido grupo social o económico unidos por intereses comunes lo que, en sí misma, ya presupondría la exclusión de una significativa parcela de la sociedad, que pueda eventualmente ser afectada por determinadas actividades económicas o científicas;
- 2) las dificultades para los órganos jurisdiccionales elaborar decisiones, debidamente fundamentadas –incluso desde el punto de vista científico–, que puedan contrariar o contraponerse a los estándares ya establecidos o consolidados.

Una doble vertiente de actuaciones judiciales podrían ser apuntadas, si no es para solucionar las cuestiones planteadas, por lo menos, representaría un intento de disminuir su fuerza: una, de naturaleza procesal, relativa a las virtudes taumatúrgicas del contradictorio en la práctica probatoria²⁴¹. Otra de orden ideológica, en el momento de la valoración de la prueba que refiere a los valores sociales que puedan ser garantizados por la decisión judicial en contraposición a las conclusiones periciales basadas en los estándares de la técnica²⁴².

²⁴⁰ Según ESTEVE PARDO, “los operadores en los diversos sectores donde la técnica ocupa una posición relevante han alcanzado acuerdos sobre materias de interés común y después han constituido poderosas organizaciones que acaban ostentando una posición muy influyente, en muchos aspectos decisiva, en los numerosos sectores en los que se advierte un componente técnico destacado”. ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del...*, cit., p. 102.

²⁴¹ PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., p. 212.

²⁴² ESTEVE PARDO afirma que “no resulta en modo alguno admisible la situación actual en la que muy importantes decisiones para la salud colectiva, para el medio ambiente, para las condiciones de vida de las generaciones futuras, se estén adoptando por técnicos con absoluto desconocimiento de las instancias políticas representativas –con absoluta indiferencia por su parte–, mientras que otras decisiones de escasa relevancia formal quedan sujetas a una estricta reserva de ley”. ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del...*, cit., p. 111.

Consideramos que los temas más polémicos respecto al *cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica aplicada*, como criterio de valoración judicial, no estarían relacionados a las técnicas ya consolidadas e internacionalmente reconocidas por la sociedad y también admitidas por el Poder Judicial, sino que se referirían a las situaciones de incertidumbre científica. Y es que en aquellas ya consolidadas los resultados de distintas pericias utilizando los mismos estándares técnicos resultarían en iguales conclusiones, mientras que en el caso de diferentes conclusiones prevalecería el dictamen que demuestre el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica aplicada.

Ya con relación a las áreas de incertidumbre, éstas son las que pueden suscitar resoluciones judiciales controvertidas sobre cuestiones relevantes para la sociedad, tales como: economía (como las ondas electromagnéticas y sus efectos); de salud pública (por ejemplo, los eventuales daños provocados por las cirugías estéticas, sus implantes y prótesis); morales o religiosos (como la investigación genética y sus consecuencias); de carácter medio ambiental (los daños potenciales y efectivos provocados por las industrias nucleares).

Y es exactamente en estos supuestos de incertidumbre que se observaría el predominio de la tecnocracia sobre las decisiones judiciales, y, según nuestra opinión, por dos motivos: 1) el propio contenido de los temas y el potencial de sus consecuencias sobre el hombre individualmente considerado y sobre la humanidad presente y futura; 2) el poder económico o corporativo de las partes involucradas, que delimitan los espacios de investigación y controlan el contenido de sus informaciones.

En las *demandas de responsabilidad civil relativas a los efectos de las ondas electromagnéticas*, por ejemplo, todavía prevalece el argumento de la incertidumbre científica cuando el demandante pretenda una indemnización por daños o el cambio de lugar de un emisor de las ondas, conforme se verifica en la Sentencia del Tribunal Supremo 58/2010, de 19 de febrero²⁴³. La referida resolución, casando la Sentencia de 5

²⁴³ “**STS 58/2010 (Secc. 1ª) de 19 de febrero (Rec.: 1871/2005, ponente: Seijas Quintana)**. (Id Cendoj 28079110012010100068). FD 3º: (...) La absoluta prueba de la inocuidad de cualquier producto es, en términos científicos, prácticamente imposible y la valoración que debió realizar el Tribunal exigía analizar cuál es el estado de la ciencia en esta materia, determinar si los conocimientos científicos disponibles permiten identificar la existencia de un riesgo de efectos potencialmente nocivos para la salud humana, y si se da, en definitiva, la incertidumbre científica que está en la base de la regla de cautela o principio de precaución, recogida en el *apartado 2 del artículo 174* del Tratado de la Comunidad Europea, en relación con la política relativa al medio

de mayo de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana –anteriormente citada, estimó el recurso de la empresa demandada, basada en estudios que descartan que haya efectos adversos para la salud humana con exposiciones inferiores a 100 microteslas²⁴⁴. Cumple observar que la sentencia casada estimaba parcialmente la demanda únicamente en lo relativo a que la empresa retirase el transformador ubicado en los bajos del edificio de los demandantes, no alcanzando la pretendida indemnización por daños y perjuicios por supuesta infravaloración de las viviendas de los demandantes.

Por otro lado, con relación a las *demandas administrativas relativas a la salud pública de los campos electromagnéticos de telefonía móvil*, el Tribunal Supremo, viene admitiendo que los Ayuntamientos en los ámbitos de sus competencias legislativas establezcan medidas adicionales y condiciones específicas de seguridad, ante la normativa estatal sobre el tema. Ello con el fin de salvaguardar el orden urbanístico incluyendo la estética y la seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales derivadas de los riesgos del deterioro del medio urbano que las mismas pueden originar, conforme se desprende de la STS de 17 de noviembre de 2009,

ambiente, del que se deriva, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (SSTJCE de 5 de mayo de 1998; 9 de septiembre 2003, entre otras) que, cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales. Y es evidente que el estado actual de la ciencia descarta que haya efectos adversos para la salud, con exposiciones inferiores a 100 microteslas, sin que ello impida una revisión futura de los límites de exposición fijados por la Recomendación de 1999 y la posible identificación de los eventuales efectos negativos que pudiera provocar, no demostrados científicamente en estos momentos, más allá de lo expuesto. (...) Sin duda, la protección de la salud pública debe prevalecer de forma incontestable sobre otras consideraciones económicas económico y social por más que supongan innovaciones decisivas para procurar su desarrollo y ello exige, como recoge la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, que sea absolutamente necesaria la protección de los Ciudadanos contra los efectos nocivos para la salud que se sabe puedan resultar de la exposición a cambios electromagnéticos. Ahora bien, ni desde la perspectiva de la existencia de un riesgo confirmado por la evidencia científica, que haga evidente no solo la aplicación del principio de precaución, sino la adopción inmediata de las medidas necesarias para el control del riesgo, ni desde un enfoque simplemente preventivo del riesgo, las pruebas que han sido practicadas y valoradas en las presentes actuaciones no han identificado y evaluado riesgos para la salud distintos de los que hasta la fecha resultan de la información científica y técnica más significativa al regular las condiciones bajo las cuales es admisible la exposición de las personas a campos electromagnéticos y determinan la adopción de las medidas que la prudencia aconseja.”

²⁴⁴ La Real Academia Española define *tesla* como: “unidad de inducción magnética del Sistema Internacional, equivalente a un *weber* por metro cuadrado”. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/>. Fecha de consulta: 16.5.2011.

Recurso (Rec.) 5583/2007²⁴⁵, que desestimó el recurso de casación interpuesto por la empresa de telefonía contra el Ayuntamiento de Barcelona.

Del análisis de las dos vertientes jurisprudenciales se podría cuestionar si el Poder Judicial no estaría utilizando distintos criterios para la toma de decisión con relación a la *incertidumbre científica en cuanto a los riesgos para el medio ambiente y la salud pública* en la exposición a radiaciones electromagnéticas. La respuesta estaría, por un lado, en la *aceptación del principio de precaución*²⁴⁶ como orientativo de las decisiones de las administraciones públicas con base en la incertidumbre científica y sus riesgos en el medio ambiente²⁴⁷. Por otro lado, en la *negación del principio de precaución* como

²⁴⁵ “**STS (Sec. 4ª) de 19 de noviembre de 2009 (Rec.: 5583/2007, ponente: Lecumberri Marti).** (Id Cendoj 28079130042009100627). FD 7º: (...) El riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno aprobó el *Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre* por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas. Esta disposición general establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos. El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuicamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado *Real Decreto 1066/2001*, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles - colegios, hospitales, parques y jardines públicos- estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en los que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas. De ahí, estas normas dentro del marco de la *Ley 3/1998, de 27 de febrero*, tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles, adecuándose como afirma la Administración demandada a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que corresponde a la doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala.”

²⁴⁶ El principio 15 de la *Declaración del Río sobre el medio ambiente y el desarrollo* consagra la precaución en los siguientes términos: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deber utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/spanish/aconf15126-1annex1s.htm>. Fecha de consulta: 17.5.2011.

²⁴⁷ BARAHONA NIETO afirma que “la aplicación del principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos y que la evaluación científica, aun siendo la más completa posible, no permite determinar con certeza suficiente el riesgo. El hecho de juzgar el riesgo corresponde a los políticos, que decidirán si actuar o no hacerlo. Este proceso debe ser lo más transparente posible e implicar a todas las partes interesadas. BARAHONA NIETO, E., “El principio de precaución, principio orientativo de las decisiones de la

regla dirigida a los órganos judiciales para el enjuiciamiento de las demandas de responsabilidad civil²⁴⁸. Sin embargo la incertidumbre científica en cuanto a los riesgos generados por los efectos de las *ondas electromagnéticas* suelen alcanzar a los intereses generales que existen con independencia de lo que el litigante promueva como pleito, tanto con relación al medio ambiente cuanto en materia de salud pública. Por ello, estamos de acuerdo con la aplicación del *principio de precaución* en el ámbito de la responsabilidad civil, cuando el Estado no haya adoptado para un cierto asunto en particular, una política de precaución. Y es que “esa pasividad o silencio no puede constituir para el que generó el riesgo y produjo el daño, una circunstancia que pueda exonerarlo de responsabilidad o disminuir aquella que le corresponda por el riesgo creado”²⁴⁹. En estos supuestos y a efectos de la posibilidad de una demanda reparatoria o de daño causado, se sostiene que el *principio de precaución* podría “renovar el esquema de la responsabilidad tal y como lo conocemos actualmente, reforzando la noción de “culpa”, que tendría que ser interpretada de forma más amplia, pues la precaución actuaría como un amplificador de la misma”²⁵⁰.

Administración”, en *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, en ROMEU CASABONA, C. M., Albolote (Granada), 2004, p. 257.

²⁴⁸ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, argumentando que “el principio de precaución no introduce ninguna novedad significativa en los esquemas clásicos o tradicionales del Derecho de daños”, sostiene la posibilidad de la responsabilidad jurídica de la Administración por cuenta de “una imaginaria reglamentación administrativa que, por no ajustarse a un verdadero y calibrado “estado de la ciencia”, condujese a resultados dañosos”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “El principio de precaución y su función en la responsabilidad civil”, en *Principio de precaución...*, cit., pp. 277 y 300 respectivamente.

²⁴⁹ FIGUEROA YÁÑEZ complementa argumentando que “si el daño probable pareciera excesivo para la empresa que generó el riesgo, *ella deberá exacerbar su prevención*, para lo cual *no parece inadecuado recurrir a la institución del seguro*, que permite difundir el riesgo entre varias aseguradoras”. FIGUEROA YÁÑEZ, G., “El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil”, en *Principio de precaución...*, cit., p. 318.

²⁵⁰ TRONCOSO, M. I., “El principio de precaución y la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Privado*, n. 10, 2010, p. 217. Disponible en: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpri/issue/view/37>. Fecha de consulta: 16.5.2011.

Capítulo III

RAZONAMIENTOS Y CONCLUSIONES DEL DICTAMEN PERICIAL

1 RAZONAMIENTOS Y VALORACIÓN

La exposición de las razones o documentos en que se apoyan los dictámenes y la no vinculación del tribunal al resultado de la prueba pericial también se encuentran relacionados por la doctrina como criterio de valoración judicial del informe pericial, de acuerdo con la siguiente proposición: “Los razonamientos que contengan los dictámenes, y los que se hayan vertidos en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro”²⁵¹.

Los elementos que componen este axioma de valoración son los siguientes: los razonamientos del dictamen, sean los plasmados en el informe, sean los orales presentados en la actuación del perito en juicio o vista; la no vinculación del juez o tribunal a los dictámenes aportados.

A efectos de analizar mejor el asunto nos valemos de algunas sentencias del Tribunal Supremo paradigmáticas del criterio en cuestión²⁵².

La primera Sentencia elegida, dictada el 27 de abril de 1993, nos enseña que el juez puede prescindir del informe pericial cuando no lo considere adecuado para resolver la cuestión: Esta resolución determina que el dictamen estaba basado en un criterio meramente estimativo porque sus razonamientos no permitieron al juez distinguir los parámetros concretos utilizados por los peritos. A la par que los razonamientos del informe no se presentan claros, la Sentencia realza la circunstancia de que el conjunto

²⁵¹ FONT SERRA, E., *El dictamen de...*, cit., p. 191.

²⁵² *Ibid.*, p. 191.

probatorio disponga de elementos suficientes para el deslinde del asunto sometido a la prueba pericial. Se observa en la citada Resolución el esfuerzo del tribunal en justificar la inutilidad del dictamen cuando sus razonamientos no atienden a los criterios del conocimiento especializado que le son inherentes, especialmente cuando sea posible, a través de las demás pruebas obrantes en autos, alcanzar el objetivo propuesto por la prueba pericial. Además, se indica la necesidad de que el perito haga constar en el dictamen los razonamientos de que se sirvió para llegar a las conclusiones, ya que no puede exigirse que el juez los adivine.

“STS (Sala de lo Civil) 148/1993 de 27 de febrero (Rec.: 2495/1990, ponente Morales Morales). (Id Cendoj 28079110011993101041).

FD 8º: (...) El expresado motivo ha de ser igualmente desestimado por las consideraciones siguientes: a) Porque siendo la prueba pericial de libre apreciación del Juez sin que le vincule el informe del perito, al ser la función de éste de mero auxiliar, ilustrador sobre las circunstancias del caso, pero sin fuerza vinculante (Sentencias de esta Sala de 9 de Octubre de 1981, 19 de Octubre de 1982, 13 de Mayo de 1983, 30 de Marzo de 1984, 9 de Octubre de 1989, 18 de Mayo y 26 de Noviembre de 1990, 29 de Enero y 15 de Julio de 1991, entre otras), dentro de dicha libre y razonable facultad valorativa se encuentra la posibilidad de que el Juzgador de instancia prescinda de un informe pericial, cuando no lo considere adecuado para resolver la cuestión litigiosa y el elenco probatorio obrante en autos le brinde otros medios adecuados para alcanzar dicha resolución, que es lo ocurrido en el presente caso, como se dice a continuación; b) Como razona la sentencia recurrida, el informe emitido por los tres Arquitectos (folios 609 a 612), para la fijación del valor de la obra "ha seguido un criterio estimativo, sin distinguir, en todo su contenido, entre la obra ejecutada dentro o fuera del proyecto inicial, ni justificar el porcentaje fijado para la obra no ejecutada "(Fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia), por lo que, dentro de los discrepantes términos exclusivamente contables en que aparece planteado el litigio, el Tribunal de instancia, con criterio que esta Sala considera acertado y razonable, se ve en la necesidad de prescindir, dentro de sus indudables facultades valorativas de toda la prueba, incluida la pericial, de la tasación conjunta e indiscriminada hecha por los tres Arquitectos y aceptar, por considerarla más exacta, detallada y precisa, la liquidación presentada con su demanda por la propia entidad actora, aquí recurrente, en la que la construcción de "planta sótano 210 m2 útiles" aparece valorada en 3.089.481'72 pesetas, a cuya liquidación en su totalidad ha de estarse, como tantas veces ya se ha dicho con anterioridad.”

La segunda Sentencia elegida, de 10 de febrero de 1994, refuerza el poder del juez ante el dictamen pericial, al confirmar que se puede prescindir del informe añadiendo que, en la hipótesis de varios informes, se puede aceptar el resultado de uno y rechazar las conclusiones de los otros. Se trata de la consagración del sistema de valoración motivada del dictamen de acuerdo con *las máximas de la experiencia judicial*, en el que, del silogismo aplicado, la premisa mayor se constituye en una máxima de la experiencia

de la vida del juez²⁵³. Otro aspecto que merece ser destacado en la referida Sentencia es la concurrencia de diversos dictámenes en el proceso; si, en la Sentencia anteriormente citada, se admite que el juez prescinda del único informe presentado, en ésta se consiente lo mismo cuando haya varios informes y también se permite que se reconozca la fuerza probatoria de uno y se rechace la de los demás.

“STS (Sec. 1ª) 87/1994 de 10 de febrero (Rec.: 1428/1991, ponente Santos Briz). (Id Cendoj 28079110011994101220).

FD 4º: El motivo tercero, con apoyo en el número 5º del artículo 1692 de la Ley procesal civil, se funda en la infracción del artículo 1242 del Código civil. En este motivo sostienen las recurrentes que la indeterminación del dictamen pericial justifica que en ninguna forma debió acudirse a su práctica, "que significaba atribuir a los peritos una función jurisdiccional, extraña totalmente a sus conocimientos científicos". Gira esta oposición del recurso en torno a la inexactitud de la fecha y a la formación supuesta de los peritos, no suficiente para dictaminar sobre todos los extremos de su dictamen; pero llega a una consecuencia que evidentemente no les concedió el Tribunal de apelación, cual es conferirles una función jurisdiccional, pues sabido es, y nada en contra se deduce de la sentencia recurrida, que el perito es simplemente un auxiliar del Juez o Tribunal, que en modo alguno recibe un encargo de arbitraje cuando es llamado, porque su misión es únicamente asesorar al Juez ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias, sin que en ningún caso se le pueda negar al Juez las facultades de valoración del informe que recibe, como así se declaró en sentencia de 31 de marzo de 1967 y en otras posteriores; de modo que el Juez puede prescindir totalmente del dictamen pericial, puede si dictaminan varios aceptar el resultado de alguno y desechar el de los demás peritos si, como en este caso, hubo en el pleito varios dictámenes (como así hizo el Tribunal "a quo") y puede, por último, el Juez sustituir al perito cuando se considere suficientemente informado por sí según su preparación para conocer y apreciar el objeto o la cuestión litigiosa que hubiera necesitado de la intervención de otra persona que tenga los conocimientos científicos, artísticos o prácticos requeridos por las circunstancias del caso. En cualquier supuesto el Tribunal juzgará de la conveniencia o necesidad de la prueba pericial, de ahí que este motivo deba también ser rechazado, prescindiendo ahora de la apreciación del dictamen discutido y de sus consecuencias en orden a la capacidad de la testadora, y a la acción ejercitada.”

Del criterio de valoración del dictamen basado en los razonamientos podemos observar su íntima relación con la no vinculación del juez a la prueba pericial. Y no podría ser diferente, atendiendo a que es inadmisibles obligar al juez que acepte un dictamen -que a pesar de practicado conforme las reglas procesales y formalmente pueda estar bien presentado-, en que se detectan errores en sus razonamientos o falsedad en sus premisas. En otras palabras, la fuerza probatoria del informe no se conforma únicamente con la observancia del procedimiento legal, con el cumplimiento de las formalidades para su emisión (datos, método, operaciones periciales, etc.) y con eventual coherencia lógica

²⁵³ MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 615.

de sus conclusiones; se exige que los razonamientos expresados –por escrito u oralmente en la vista o juicio-, sean lógicos y acordes con el conjunto probatorio para que puedan ser reconocidos como válidos y verosímiles desde el punto de vista del litigio en cuestión.

Merece destacarse que, más allá de los razonamientos escritos, también deben ser considerados los razonamientos vertidos en el interrogatorio del perito en la vista o juicio. Muchas veces el lenguaje técnico o científico del informe dificulta su comprensión por personas que no son profesionales del área del conocimiento aportado, motivo por el cual se admite la actuación oral del perito para que procedan las aclaraciones suficientes para su entendimiento. Además de las informaciones necesarias para quitar las dudas que puedan provenir de la sencilla lectura del informe escrito, la actuación del perito en el juicio o en la vista también está relacionada con la observancia de los principios procesales de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba judicial.

En definitiva, se podría afirmar que el dictamen escrito servirá de criterio único de valoración de los razonamientos cuando no se verifique la actuación del perito en juicio o vista; en el caso que ocurra dicha actuación, el juez se valdrá de los razonamientos escritos y de los presentados oralmente por el perito.

En este contexto, el artículo 346 LEC establece que el tribunal podrá acordar la necesidad de la presencia del perito de designación judicial en el juicio o la vista para comprender y mejor valorar el dictamen realizado, mediante el aporte de aclaraciones o explicaciones, sean en cuanto a las conclusiones, o con relación a los métodos utilizados. Por ello, se asegura el sometimiento del dictamen a los principios procesales referidos; expresamente relacionándolos a su valoración.

El artículo 347 LEC consagra la aplicación del principio contradictorio al dictamen pericial, al prever la actuación del perito en el juicio o en la vista, mediante: 1) la exposición completa del dictamen; 2) la explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos; 3) la formulación de preguntas y objeciones sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del informe; 4) la solicitud de ampliación a otros puntos conexos; 5) y la crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria.

Entendemos que el contradictorio público del dictamen permite la confrontación directa de su contenido, incluso entre los peritos, garantizando al juez comprender mejor los

aspectos discrepantes existentes entre los diferentes informes. Se instituye también un mecanismo meritorio de valoración, en la medida que tiende a disminuir los dictámenes de naturaleza meramente comercial. Consideramos también que el perito con una razonable formación ética no va a querer exponer públicamente su reputación profesional a través de la emisión de un dictamen temerario, sin base técnico-científica.

Más allá de la formación profesional del perito, de la forma de su designación, de la concurrencia de tacha y de la metodología aplicada al dictamen, el juez debe considerar los razonamientos utilizados por el perito para valorar la prueba pericial. En ellos podrían estar la llave para sus conclusiones, una vez que el razonamiento, de acuerdo con la Real Academia Española, es una “serie de conceptos encaminados a demostrar algo o a persuadir o mover a oyentes o lectores”²⁵⁴. Los razonamientos son formados por una o más premisas o proposiciones, lo que implica que valorar los razonamientos significa también considerar las premisas que informan el dictamen.

La omisión de los razonamientos impide la valoración de la fuerza probatoria del dictamen, cuyas conclusiones se quedarán en el vacío. Esto se puede ver en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 319/2004 de 9 de noviembre²⁵⁵, que rechazó el informe del médico forense en virtud de la ausencia de razonamientos en el dictamen y porque el profesional que lo emitió no fue sometido a la contradicción judicial. Nos parece pertinente subrayar la idea inserta en dicha resolución: la emisión y valoración del dictamen no pueden ser vistos como un acto de fe. Con independencia de la competencia profesional del perito que lo emite, se exige que sus conclusiones sean razonadas.

²⁵⁴ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/>. Fecha de consulta: 15.5.2010.

²⁵⁵ **SAP Murcia (Secc. 1ª) 319/2004 de 9 de noviembre (Rec.: 268/2004, ponente: Castaño Penalva)**. (Id Cendoj 30030370012004100516). FD 2º: (...) Pues bien, la ausencia de contradicción y razonamientos del informe médico forense, cuando ha sido combatido con otra pericial fundada y emitida por un profesional de similar autoridad científica, impide que pueda ser tomada válidamente en consideración, no cabiendo estimar probados los hechos que se sustentaban en ella. No caben actos de fe en la medicina forense por mucho que sus integrantes sean especialistas en la materia, imparciales y objetivos; ciertamente no son infalibles, tanto más cuanto su tarea recae sobre una materia, la valoración del daño corporal, controvertida. Para una adecuada ponderación del informe médico por parte del juzgador es preciso observar la consistencia, solidez, objetividad, profesionalidad y, en definitiva, su rigor científico, lo que sólo es posible cuando, puesto eficazmente en tela de juicio, se analizan los argumentos escritos que contiene y las respuestas y aclaraciones verbales dadas por su autor en el acto de ratificación, que se erige así en un momento esencial, disfrutando el órgano judicial de la presencia del perito, intermediación que permite apreciar la seguridad y convicción de sus respuestas y conclusiones.

Se podría afirmar que la utilización de premisas y razonamientos en el dictamen que no sean objetivos o que no correspondan a la realidad conformada en el proceso no puede resultar en conclusiones válidas para la motivación de la sentencia.

Veamos a continuación los elementos integrantes del criterio de valoración del dictamen de acuerdo con los razonamientos que contengan el dictamen: 1) los razonamientos escritos del dictamen; 2) los razonamientos orales del perito, vertidos en su actuación en el juicio o la vista; 3) la no vinculación del juez al dictamen.

2 RAZONAMIENTOS ESCRITOS

Para valorar el informe, el juez deberá siempre considerar los razonamientos, sean de hecho, de orden técnico o científico, o relativos a los datos aportados por el propio dictamen. Como se ha señalado, puede ser que los razonamientos escritos sean los únicos valorados en la sentencia porque el perito no haya actuado en el juicio o en la vista; pero, aún en el caso de actuación oral, los razonamientos escritos deben ser considerados de acuerdo con los vertidos en juicio, que pueden reforzarlos, debilitarlos o incluso rectificarlos.

Diversos supuestos pueden suceder a los razonamientos escritos en materia de valoración del dictamen. Entre ellos se pueden citar: 1) su coherencia lógica interna y su correlación con los demás elementos del conjunto probatorio; 2) su coherencia lógica interna pero su contradicción con el conjunto probatorio; 3) su manifiesta contradicción con otros razonamientos contenidos en el propio dictamen.

2.1 Coherencia interna lógica y correlación con el conjunto probatorio

Sin menoscabo a la importancia del principio de contradicción, podríamos afirmar que la situación ideal de la prueba pericial consistiría en la hipótesis de que el dictamen emitido presentase coherencia lógica en sus razonamientos escritos, sin que hubiese necesidad de clarificaciones o explicaciones en juicio; y más aún, que los referidos razonamientos se dispusiesen de conformidad con las demás pruebas practicadas en autos. Este supuesto podría resultar en que el juez confiriese mayor fuerza probatoria al informe que contuviese estas características. Coherencia lógica interna en sus razonamientos –con claridad y objetividad-, y la respectiva conexión con los hechos

probados por las demás pruebas practicadas podrían representar la fórmula del éxito de un informe. Pero aunque la emisión de un dictamen en los términos referidos se pueda constituir en una tarea no muy difícil para el perito -en virtud de su experiencia o competencia profesional-, la actividad de valoración del juez para poder considerar que el informe posee dichas características no es de las más fáciles, teniendo en cuenta la necesidad de realizar una apreciación del dictamen con las demás pruebas practicadas, incluso con los demás informes obrantes en autos.

Por ello, se inferiría que sólo en algunos supuestos muy concretos se verificaría la valoración de los dictámenes que se base en razonamientos escritos coherentes y de conformidad con el conjunto probatorio. Entre ellas, cuando:

- 1) el objeto de la pericia sea limitado a cálculos matemáticos que no importe otras controversias, como en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 572/2008 de 22 de julio²⁵⁶, que fija honorarios profesionales de acuerdo con el informe del Colegio de Abogados.
- 2) los razonamientos escritos de un dictamen que sean ratificados por el informe del perito de designación judicial, como se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 510/2001 de 11 de septiembre²⁵⁷.

²⁵⁶ **SAP Madrid (Secc. 12ª) 572/2008 de 22 de julio (Rec.: 562/2004, ponente: Orejas Valdés).** (Id Cendoj 28079370122008100266). FD 3º: Partiendo de la anterior doctrina para fijar los honorarios concretos del Letrado D. Leonardo dirigiendo en el recurso a la apelada Industrias Químicas Dintel S.L., y teniendo en cuenta, las cuestiones en él debatidas, y el mismo informe del Ilustre Colegio de Abogados que conforme a la minuta y en el que abunda también el de la Sra. Secretaria de esta Sección, la Sala ponderando todo ello y compartiendo los razonamientos del informe colegial y el posterior de dicha Secretaria, fija la cuantía de los honorarios del Letrado D. Leonardo en la cantidad de 2.869,78.-# I.V.A. incluido y, consecuentemente, aprueba la tasación de costas practicada en el presente rollo a favor de la apelada INDUSTRIAS QUIMICAS DINTEL S.L. en la cantidad total de 3.447,34.-#, de los cuales 577,56.-# corresponden a los derechos del Procurador Sr. David y el resto a los honorarios de mencionado Letrado, ya incluido I.V.A. correspondiente.

²⁵⁷ **SAP Cantabria (Secc. 4ª) 510/2001 de 11 de septiembre (Rec.: 435/2001, ponente: Arroyo García).** (Id Cendoj 39075370042001100273). FD 2º: En el presente caso por el actor se ejercita una acción de reclamación de cantidad contra la demandada en base a la responsabilidad decenal del art. 1591 del Código civil. La entidad demandada no niega que en el año 1992 la actora le encargó la reconstrucción de la cubierta del inmueble sito en la DIRECCION000 nº NUM000 de Maliaño, tampoco niega que parte de dicha cubierta se derrumbase en el año 2000, niega la demandada que el derrumbe tenga su origen en una mala ejecución de la obra, al contrario fija el origen del derrumbe en la abertura de unos orificios en los tabiquillos. Lo cierto es que el perito judicial de forma precisa manifiesta que el origen del derrumbe no se encuentra en los orificios

- 3) que la relevancia del derecho material protegido justifique la admisión de los razonamientos escritos del informe, según se verifica en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 230/2002 de 26 de abril²⁵⁸.

2.2 Coherencia interna lógica y contradicción con el conjunto probatorio

Consideramos que también puede suceder que el informe contenga una coherencia lógica interna que resulte de las conclusiones propuestas por el perito, pero sus premisas o razonamientos se encuentren en contradicción con el conjunto probatorio del proceso. Desde el punto de vista de su valoración judicial, no es suficiente que el dictamen desarrolle un contenido lógico –que es lo que se espera de todo trabajo escrito técnico o científico–, se exige que sus razonamientos no estén en contradicción con las demás pruebas practicadas en autos so pena de disminuir o privar de fuerza probatoria al

de los tabiquillos, contestación D del informe. Igualmente precisa el informe que aunque no se puede comprobar el origen del derrumbe por haberse reparado, considera coherente los razonamientos del informe pericial aportado con la demanda, en dicho informe pericial, practicado nada mas ocurrir el siniestro, se fija como origen del mismo una mala ejecución del tabique de ladrillo al no coincidir en su punto medio con la unión de las placas de hormigón. Por todo ello debe concluirse que las pruebas han sido valoradas correctamente.

258

SAP Palma de Mallorca (Secc. 5ª) 230/2002 de 26 de abril (Rec.: 198/2002, ponente: Ramon Homar). (Id Cendoj 07040370052002100356). FD 3º: El núcleo más relevante del recurso radica en la impugnación de la consideración de que nos hallamos ante supuestos de urgencia, dado que en todo seguro de enfermedad es de aplicación el artículo 103 de la Ley de Contrato de Seguro, por remisión del artículo 106 de la misma, en el sentido de que las condiciones de la póliza no pueden excluirlas "necesarias asistencias de carácter urgente". La Sala ratifica sobre el particular la consideración de tal urgencia razonada en la sentencia recurrida, y así si se examinan los partes se observan situaciones en las que "prima facie" si no son debidamente atendidas peligran la integridad física de la persona, así por ejemplo, crisis de ansiedad, lipotimia, cardiopatía isquémica, epiglotitis, angor, necesidad de respiración asistida, hemorragia, dolor torácico, disnea, distress respiratorio, fractura de tobillo, policonusiones con traumatismo en tórax, etc. A los efectos del indicado artículo no cabe duda que alguna de tales situaciones en ocasiones no revisten especial gravedad para la vida de la persona y pueden no ser graves, con dudas hasta tanto no se efectúan unas mínimas pruebas, pero se considera que es preciso un adecuado examen médico para descartar tal gravedad, y se comparten los razonamientos del informe médico relativo a otro procedimiento análogo al que nos ocupa y obrante al folio 163, en el sentido de resaltar la dificultad de obtener una información precisa por teléfono facilitada en ocasiones por personas afectadas emocionalmente por la situación que aparenta el enfermo. No se comparte la argumentación del recurrente con cita de jurisprudencia de la Sala de lo Social con una interpretación sumamente restrictiva del término de "urgencia". Se comparte que, por ejemplo lipotimias o dolores torácicos pueden revestir escasa gravedad, pero también en algunos supuestos pueden ser síntomas de una enfermedad que requiere asistencia rápida y urgente, y hasta tanto no se hagan oportunas comprobaciones no puede saberse, con lo cual se considera que a los efectos que nos ocupan, se consideran casos de urgencia. Se reputa irrelevante que no se haya citado a los chóferes y médicos que atendieron a los pacientes.

informe²⁵⁹.

En la hipótesis en que los razonamientos del dictamen sean internamente coherentes pero estén en contradicción con las demás pruebas, consideramos que dicho informe podría ser rechazado en la sentencia si de la contradicción resultar a una alteración sustancial en las conclusiones presentadas. Si la contradicción no afecta significativamente el resultado de la prueba pericial el dictamen puede ser positivamente valorado por el juez, tal como se ve en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 274/2005 de 12 de abril²⁶⁰, que admitió la validez de los razonamientos del perito de acuerdo con los elementos que disponía al tiempo de emitir el informe, toda vez que la eventual consideración de otros datos no influiría en el resultado de la prueba.

2.3 Contradicción con otros razonamientos contenidos en el propio dictamen

Otro supuesto posible, pero no muy común, consistiría en el caso en que se rechace el dictamen en virtud de manifiesta contradicción interna de sus propios razonamientos, tal como podemos advertir en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 508/1998 de 22 de septiembre²⁶¹, que destacó la incoherencia del informe pericial

²⁵⁹ ZURIBI DE SALINAS asevera que “en todo caso, los elementos fácticos a valorar por el experto son susceptibles de comprobación por otros medios probatorios, y el juez puede y debe acudir a éstos para asegurar que los datos de hecho que ha tenido en cuenta el perito son correctos: si no lo fueran, las conclusiones a que llega no podrían tenerse por válidas”. ZUBIRI DE SALINAS, F., “Valoración de la prueba pericial”, en *La prueba pericial...*, cit., p. 244.

²⁶⁰ **SAP Madrid (Secc. 10ª) 274/2005 de 12 de abril (Rec.: 370/2004, ponente: Illescas Rus)**. (Id Cendoj 28079370102005100156). FD 8º: Las afirmaciones de la parte recurrente aparecen contradichas tanto por el informe cuanto por las precisiones efectuadas por la perito en el acto del juicio, como admite incluso la propia parte recurrente. Así, y sin otro apoyo probatorio, no puede cuestionarse la veracidad de la declaración de la perito. De acuerdo con éstas, no se ha tenido en cuenta en la elaboración del dictamen el listado de clientes aportado por la demandada con su escrito de contestación, de modo que las pretendidas irregularidades que se ponen de manifiesto por la recurrente no pueden, en puridad lógica, tener influencia alguna en el resultado de la prueba. Por otra parte, tampoco constituye error de apreciación o valoración del Juez los eventuales errores imputables al contenido del dictamen, y ello sin perjuicio de que en el caso, tampoco aparecen éstos cumplidamente evidenciados. Ciertamente la parte actora, acaso en prevención de las posibles alegaciones defensivas esgrimibles de adverso, ya adelantaba la disminución general de ventas en el comercio minorista, pero ésta no puede entenderse demostrada por prueba testifical ni por la formulación de meras alegaciones de desmerecimiento ayunas, por lo demás, de justificación, o con hipótesis o conjeturas. Consecuentemente, no se ha desvirtuado el contenido del informe pericial a propósito del descenso de ventas del actor, porcentualmente fijada en el 29,97% y correlativa facturación, de un 39.49%.

²⁶¹ **SAP Coruña (A) (Secc. 1ª) 508/1998 de 22 de septiembre (Rec.: 462/1998, ponente: Paredes Prieto)**. (Id Cendoj 15030370011998100617). FD 1º: Solicita la recurrente la revocación de la

psicológico que, por un lado, abogaba por el no establecimiento de un régimen de visitas y, por otro, sostenía la inconveniencia de la inexistencia de cualquier relación entre padre e hija.

3 RAZONAMIENTOS ORALES

Los peritos pueden actuar oralmente en el juicio o en la vista a través del acto de ratificación del dictamen o mediante las actuaciones previstas en el artículo 346 LEC. Teniendo en cuenta que ambas se constituyen en una posibilidad más para la aclaración del hecho controvertido por el experto, no estamos de acuerdo con la opinión que condiciona la valoración del informe a la intervención oral del perito en el juicio o en la vista²⁶². Desde el punto de vista eminentemente técnico, la situación ideal es que el informe escrito sea autosuficiente y no carezca de defensa oral. Sin embargo, bajo el aspecto procesal, su sometimiento al principio de contradicción e inmediación puede ser

sentencia de divorcio dictada en la instancia en relativo al régimen de visitas de la hija menor señalado en favor del padre, reiterando la pretensión formulada en el escrito de contestación a la demanda de que se acuerde la suspensión del régimen de visitas, dado el incumplimiento, del mismo por el padre. Ciertamente es que el padre ha estado sin ejercitar el derecho de visitas durante los dos años transcurridos desde la sentencia de separación así como que no ha mantenido contacto regular con su hija - nacida en 1994 - desde que ésta tenía once meses de edad por lo que para ella aquel resulta prácticamente un desconocido no obstante, pese a la falta de interés hasta ahora demostrada en mantener la necesaria comunicación con la hija no parece que sea procedente una solución tan drástica como la suspensión de régimen de visitas que se solicita al amparo del art. 94 CC. No se dan en el supuesto esas graves circunstancias que comprometan de una manera grave el interés y conveniencia de la menor y aconsejen adoptar la medida de suspender las visitas para con el padre, medida que en modo alguno se demuestra sea lo más beneficioso para la menor, sin que pueda dejarse de poner de relieve la incoherencia del informe pericial psicológico que aboga, de un lado por el no establecimiento de un régimen de visitas "estructurado" y por otro indica lo inconveniente de la inexistencia de cualquier relación entre padre e hija. Como expresa la sentencia apelada cuyos ponderados razonamientos se dan aquí por reproducidos, en todo caso debe prevalecer el interés y beneficio de la menor, y lo precisamente en consideración a su escasa edad, es de un vínculo afectivo entre padre e hija por lo que se debe confirmarse la sentencia apelada manteniendo el régimen de visitas que se establece a favor del padre en dicha resolución.

262

En este sentido RICHARD GONZÁLEZ sostiene que "la debida garantía del principio de inmediación y contradicción debería por tanto conducir a la modificación legal de las normas sobre la asistencia de peritos en el acto del juicio, exigiendo su necesaria comparecencia, ratificación y exposición del dictamen en el acto del juicio, como el modo necesario de práctica de la prueba pericial. Tanto la de parte como la judicial, supeditándose en ambos casos la valoración del dictamen a la presencia efectiva de los peritos en el acto del juicio a fin de ratificar y explicar su dictamen". RICHARD GONZÁLEZ, M., "Limitaciones a la oralidad en la práctica de la prueba pericial en el proceso civil español", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, v. II, en CARPI, F., ORTELLS, M. (Eds.), Valencia, 2008, p. 254.

considerado como indispensable para la valoración de la prueba pericial²⁶³.

De acuerdo con el procedimiento adoptado, la actuación oral del perito en el juicio o en la vista *puede* ratificar, exponer, explicar, contestar, ampliar o contraponerse a las críticas del perito de la parte contraria y, si es necesario, rectificar los razonamientos y conclusiones contenidos en el dictamen. En todo caso, cualquiera que sea el tipo de actuación, el juez deberá tenerla en cuenta para la valoración del informe, considerando su validez y consecuencias con relación al dictamen escrito.

En este contexto, la jurisprudencia tiende a conferir mayor fuerza probatoria a los dictámenes sometidos al contradictorio que a los informes presentados sólo por escrito, conforme se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 592/2009 de 18 de diciembre²⁶⁴, que reconoció correcta la admisión del dictamen cuyos razonamientos eran más extensos y profundos y que fue sometido al principio de contradicción, así como el rechazo del otro informe médico no ratificado en el proceso.

Y cuando ambos informes sean sometidos al contradictorio puede suceder que sea otorgada mayor fuerza al dictamen emitido por el perito cuyas explicaciones en juicio aparecen dotadas de razonamientos superiores y resultan mejor fundadas que las

²⁶³ Conforme ESPARZA LEIBAR “la formación del juez le debe permitir examinar y seguir el devenir pericial y la metodología desde una perspectiva siquiera meramente lógica. El dictamen, su resultado, debe ser comprensible para el Juez, aunque desconozca los cálculos y operaciones propios de cada especialidad que hayan sido aplicados en el caso concreto”. ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de...*, cit., p. 154.

²⁶⁴ **SAP Málaga (Secc. 4ª) 592/2009 de 18 de diciembre (Rec.: 148/2009, ponente: Martín Delgado)**. (Id Cendoj 29067370042009100549). FD 2º: (...) Esta Sala, tras nueva valoración de los referidos medios probatorios, llega a la misma conclusión que la obtenida por el Juzgador a quo sobre el alcance de las lesiones del demandante. Así, este Tribunal comparte plenamente las prolijas y razonadas consideraciones del Juzgador a quo sobre la eficacia probatoria de los referidos informes médicos, llegando a la misma conclusión que la reflejada en la sentencia apelada, en el sentido de otorgar mayor relevancia probatoria al informe médico aportado por la demandada. Efectivamente, la mayor relevancia probatoria de unos informes periciales sobre otros emitidos acerca de la misma materia ha de ser establecida atendiendo a diversos criterios cuales el contenido de los informes, la aptitud de convicción de sus argumentos, y superior capacidad técnica de alguno de sus autores, entre otros. Teniendo en cuenta los criterios de valoración antes expuestos, y sometidos los informes médicos de litis a las reglas de la sana crítica, en conjunción con el resto del material probatorio, esta Sala concluye que el alcance de las lesiones del actor se corresponde con la que determina el informe del médico forense y en el informe del médico don Luis Ángel. Siendo de destacar: a) la mayor capacidad del perito de la demandada para emitir dictamen sobre la materia de determinación y valoración de lesiones, dada su cualificación de experto en valoración del daño corporal; habiéndose emitido el informe de la parte actora por un médico rehabilitador, obviamente ajeno a aquella materia; b) la superior extensión y profundidad de los razonamientos del informe de la parte demandada; y c) el sometimiento de este último informe al principio de contradicción, al haber comparecido su autor al acto del juicio, sometiéndose a las preguntas de los letrados de la parte litigantes.

ofrecidas por el profesional que emitió el otro informe. Así, por ejemplo, se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 115/2009 de 16 de febrero²⁶⁵.

De todos modos, consideramos pertinentes algunas consideraciones sobre la ratificación del dictamen por el perito de designación judicial y sobre la posible actuación del perito en el juicio o en la vista, como se analiza a continuación.

3.1 Ratificación del dictamen por el perito de designación judicial

Refiere el artículo 346 LEC que el juez o tribunal puede acordar de oficio la comparecencia del perito de designación judicial en el juicio o en la vista para ratificación del dictamen pericial. Si bien que el objetivo de la presencia del perito no se limita a la somera actividad de autenticación del informe, sino que se destina a la aportación de las aclaraciones o explicaciones necesarias para el tribunal comprender y valorar mejor el dictamen realizado, de acuerdo al último apartado del citado precepto²⁶⁶.

En este sentido, entendemos que el referido precepto busca establecer el equilibrio de poderes –juez y partes-, resultante de la adopción del sistema dual de aportación de dictámenes periciales.

Por un lado, el artículo 346 LEC, que trata de la emisión y ratificación del dictamen por el *perito que el Tribunal designe*, asegura al órgano jurisdiccional el poder de

²⁶⁵ **SAP Madrid (Secc. 25ª) 94/2010 de 16 de febrero (Rec.: 115/2009, ponente: Sobrino Blanco).** (Id Cendoj 28079370252010100087). FD 4º: (...) Efectivamente, resulta plenamente razonable, en el supuesto enjuiciado, hacer prevalecer el informe pericial emitido por el perito judicialmente designado en vía procesal -*artículo 339 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*-, don Jesús Luis, obrante a los folios 156 a 160, sobre el emitido por el perito don Casiano, aportado con el escrito de demanda y obrante a los folios 11 a 15, por las siguientes razones: 1º.- Porque debe atribuírsele el carácter de tercero u oficial a los efectos de atribuir a su dictamen "un mayor valor" precisamente por su total e indiscutible imparcialidad en razón de la naturaleza de su nombramiento. 2º.- Porque dadas las características de las lesiones sufridas por la actora, la titulación ostentada por el perito judicialmente designado -doctor y especialista en traumatología y cirugía ortopédica- resulta de mayor cualificación que la ostentada por el perito que emitió el dictamen acompañado por la actora a su demanda -especialista en medicina del trabajo-, por lo que el dictamen de aquél ofrece mayores garantías de exactitud, fiabilidad y credibilidad que el de éste. 3º.- Porque, como claramente pone de manifiesto el visionado del soporte audiovisual del acto del juicio, las explicaciones que de sus conclusiones efectuó en dicho acto el perito Dr. Jesús Luis aparecen dotadas de superiores explicaciones racionales y resultan mejor fundadas que las ofrecidas en el mismo acto por el Dr. Casiano; lo que, consecuentemente, ofrece también mayores garantías de exactitud, fiabilidad y credibilidad.

²⁶⁶ Así DE LA OLIVA SANTOS, A., y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil...*, cit., pp. 409-410.

determinar de oficio su presencia en juicio o en la vista, con independencia de la solicitud de las partes. Y es que la inercia de éstas, en cuanto a la actuación del *perito de designación judicial* en el juicio o en la vista, podría comprometer la comprensión y valoración del respectivo dictamen, motivo por el cual el legislador confiere la iniciativa de la comparecencia también al juez.

Por otro lado, de la lectura del 347.1 LEC, que trata de la actuación de los peritos en el juicio o en la vista, si podría deducirse una cierta restricción a que el juez determine de oficio la comparecencia del *perito designado a instancia de parte*²⁶⁷, quien sólo podría intervenir mediante solicitud de la parte interesada²⁶⁸.

De otro modo, en el caso en que una de las partes haya solicitado la comparecencia del perito de designación judicial puede generar indefensión cuando el juez primeramente admite la intervención, pero en un momento procesal posterior obliga a las partes a que presenten sus conclusiones y dicta sentencia basada esencialmente en el dictamen no sometido a la contradicción. Esto se observa, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 195/2007 de 11 de mayo²⁶⁹. Asimismo puede

²⁶⁷ MONTERO AROCA, en sentido contrario, afirma que “lo que ahora dispone el artículo 347 es que el o los peritos pueden tener o no intervención en el juicio y que ello depende de la petición de parte y de la decisión judicial (al parecer incluso de oficio)”. MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 389. FONT SERRA también aboga que “aportados dictámenes periciales por peritos designados por las partes, deberá acordarse la presencia de los peritos en el juicio o en la vista exclusivamente en los casos en que alguna de las partes o el propio tribunal consideren necesario que los peritos expongan o expliquen el dictamen, o respondan a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación, o intervengan de cualquier otra forma útil para entender o valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito el tribunal”. FONT SERRA, E., *El dictamen de...*, cit., pp. 71-72. Sin embargo, ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY parecen sostener entendimiento diverso al afirmar que “tratándose de dictámenes a instancia de parte, la petición de comparecencia de perito podrá realizar tanto la parte que aportó el dictamen como la adversa (art. 337.2 LEC), del mismo modo que ambas partes pueden interesar la comparecencia del perito de designación judicial (art. 346 LEC), aun no habiendo interesado su designación (SAP Madrid, 26 de septiembre de 2006)”. ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 115.

²⁶⁸ CHICO FERNÁNDEZ asevera que “la parte soporta la carga de la prueba del hecho, desde la perspectiva formal, si le es dable desarrollar una cierta actividad probatoria para su acreditación, con independencia de que se reconozcan al juez ciertas facultades de prueba, en la medida en que tiene un interés propio en desplegar la máxima actividad probatoria, y, pese que es libre para hacerlo, si no lo efectúa, puede verse perjudicada por la resolución judicial en la que se aplica la regla del juicio”. CHICO FERNÁNDEZ, T., “La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), Barcelona, 2007, pp. 142-143.

²⁶⁹ **SAP Burgos (Secc. 2ª) 195/2007 de 11 de mayo (Rec.: 116/2007, ponente García Espina).**

producirse indefensión cuando el juez dicta sentencia basado en el informe sin dar efectivo traslado de su contenido a las partes, impidiendo la solicitud para que el perito concurriese a la vista. Este es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 180/2007 de 21 de marzo²⁷⁰.

En el caso de comparecencia del perito de designación judicial mediante iniciativa del tribunal, el procedimiento a ser aplicado es el mismo que el previsto para la hipótesis en que la presencia del perito haya sido solicitada por una de las partes: el establecido en el artículo 347 LEC. Estimamos que la iniciativa judicial o la diferente denominación del tipo de actuación –ratificación del dictamen– no desvirtuaría el procedimiento consagrado para la prueba pericial en el juicio o en la vista y ello porque no existe otra regulación procesal respecto a la materia. Además, el objeto y finalidad de los referidos artículos son el mismo: someter el dictamen al contradictorio judicial mediante

(Id Cendoj: 09059370022007100155). FD 4º: (...) Dado que la Sentencia de primera instancia funda la estimación de la demanda, prácticamente, de manera exclusiva en el informe del perito judicial, que no ha sido sometido a la contradicción de las partes, al igual que tampoco los informes periciales de parte, pues no se les ha permitido formular aclaración o explicación alguna, a ninguno de los peritos, no obstante haberse admitido la intervención de los peritos de parte en el acto del juicio; es evidente que las infracciones procesales producidas han generado a la parte demandada verdadera y real indefensión. Si, además, resulta que la parte demandada tan pronto como conoce que no se va a celebrar la continuación del juicio anunciada por la Juzgadora al suspender o interrumpir la primera sesión del juicio, solicita se señale día para la vista, con citación del perito de designación judicial, para solicitarle aclaraciones y explicaciones procedentes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 346 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) ; así como para practicar la prueba pericial propuesta y admitida del perito de parte, el aparejador D. Bruno, tal y como se había acordado en la sesión de juicio interrumpida, recurriendo la providencia en que se da un plazo para conclusiones; petición de vista a los efectos señalados que reitera también en sus conclusiones, insistiendo en que la omisión de trámite de aclaración y explicación a los peritos de parte y de designación judicial le genera indefensión; es evidente que no se ha aquietado con las irregularidades producidas.

270

SAP Valencia (Secc. 10ª) 180/2007 de 21 de marzo (Rec.: 173/2007, ponente Manzana Laguarda). (Id Cendoj: 46250370102007100323). FD 2º: (...) El art. 346 de la LEC establece que "el perito que se designe por el Tribunal emitirá por escrito su dictamen, que hará llegar al Tribunal en el plazo que le sea señalado. De dicho dictamen se dará traslado a las partes por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas", y en el art. 347 se fijan las posibles peticiones de las partes en orden a la intervención de los peritos en juicio. En el presente caso emitido dictamen por el perito designado, se unió a las actuaciones mediante providencia de fecha 21 de julio de 2006, en la que al tiempo se dejaban los autos sobre la mesa para dictar la resolución que proceda, y sólo tres días después de dictar aquélla, sin dar efectivo traslado del contenido del informe a las partes para que hicieran alegaciones y sin posibilitar siquiera el recurso procedente contra dicha resolución, se dictó sentencia en fecha 24 de julio de 2006. En la medida en que ese dictamen pericial constituye el fundamento del pronunciamiento impugnado y que su previa ausencia de traslado a las partes impidió su contradicción, se ha causado infracción de normas procesales causantes de indefensión que determinan la nulidad de pleno derecho de la sentencia de instancia y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquél en el que se produjo la infracción, esto es al dictado de la providencia de fecha 21 de julio, a cuyo momento procesal deben retrotraerse las actuaciones.

aclaraciones, explicaciones y confrontaciones para una mejor comprensión y valoración por parte el tribunal.

3.2 Actuación de los peritos en el juicio o en la vista

A) Actuación a solicitud de parte.

Conforme se ha señalado, la ratificación del dictamen por el perito designado judicialmente puede ser acordada de oficio por el tribunal o mediante solicitud de las partes. La actuación en el juicio o en la vista del perito designado a instancia de parte, entendemos que sólo procedería mediante solicitud de la parte interesada, de conformidad a lo previsto en el artículo 347.1 LEC: *“los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita”*. Se puede deducir que si la parte eventualmente interesada no requiere expresamente la actuación del perito en el juicio o en la vista no podrá posteriormente alegar indefensión o deficiencia de la prueba pericial no sometida al contradictorio. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 95/2008 de 19 de febrero²⁷¹, afirma no existir obstáculo para valorar el dictamen aportado por la actora en virtud de que el perito no compareció en el acto del juicio. Añade esta resolución que el demandado debería haber solicitado dicha comparecencia para someter el dictamen al contradictorio. La omisión de la parte demandada en solicitar la comparecencia del perito parece haber sido provocada por la existencia de solicitud anterior de la actora en este sentido. No obstante, el tribunal entendió admisible valorarse judicialmente el informe pericial aportado con la inicial, ya que la actuación del perito en la el juicio o en la vista se constituye en una facultad conferida a las partes y no una obligación para

²⁷¹ **SAP Vizcaya (Secc. 5ª) 95/2008 de 19 de febrero (Rec.: 165/2007, ponente García Larragán).** (Id Cendoj: 48020370052008100070). FD 2º: Alegaciones las anteriores ante las que debe comenzarse por indicar que no existe obstáculo alguno para valorar el informe pericial portado por la actora junto con su escrito de demanda por la circunstancia de que el perito no hubiese comparecido en el acto del juicio. Como tal medio probatorio fue admitido y la comparecencia del perito no viene obligada para que pueda ser tomado en consideración el dictamen. El artículo 347 de la LECivil solo alude a una "posible" intervención y ello a petición de las partes estableciendo en su nº 1 "Los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita", para continuar exponiendo el contenido de esta intervención que las partes y sus defensores "podrán pedir", y así, entre otras, exposición completa del dictamen, explicación de algunos de sus puntos, respuestas a preguntas y objeciones, etc. Si la parte demandada estimaba precisa la comparecencia e intervención del perito en el acto del juicio bien pudo instarla y si no lo realizó no puede pretender que la ausencia de ratificación desnaturalice el dictamen en cuanto prueba.

conformación de la prueba pericial.

La actuación del *perito designado a instancia de parte* en el juicio o en la vista, más allá de no poder ser acordada de oficio por el tribunal, no tiene carácter obligatorio, sino que es una facultad procesal conferida a las partes de acuerdo a su conveniencia. Entendemos que la omisión de las partes del uso de esta concesión no puede ni debe ser suplido por el tribunal. Subrayamos una vez más que lo que sí se admite al tribunal es acordar de oficio la comparecencia del perito de designación judicial y no del perito de parte.

En el caso de que las partes no soliciten la comparecencia del perito en el juicio o en la vista, resultará que éstas podrán verse limitadas en cuanto a cuestionamientos sobre el mérito del dictamen a fin de aclarar conceptos o concretar algún extremo, como ocurre por ejemplo en la doctrina emanada de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 518/2009 de 20 de noviembre²⁷². El juez o tribunal sólo dispondrá de los elementos contenidos en el dictamen escrito para valorar la prueba pericial y será privado de las explicaciones detalladas que el contradictorio puede propiciar.

Pero, dependiendo de la calidad del dictamen y de los intereses subyacentes en la demanda, el juez podrá estimar los motivos por los cuales no se tuvo interés en la actuación del perito en el juicio o la vista. Un dictamen de elevada calidad y objetividad, por ejemplo, puede dispensar la comparecencia del perito; tanto la parte que lo aportó como la parte contraria pueden no ver la necesidad de la actuación del profesional en el juicio o en la vista: una con recelo de que disminuya la fuerza probatoria; la otra con miedo de su fortalecimiento. De otro modo, si el informe no tiene un elevado grado de objetividad o presenta conclusiones temerarias, la parte que lo aportó seguramente no tendrá interés en la actuación del perito, pero la parte adversa probablemente solicitará que el dictamen sea sometido al contradictorio.

²⁷²

SAP Madrid (Secc. 11ª) 518/2009 de 20 de noviembre (Rec.: 294/2007, ponente Almazan Lafuente). (Id Cendoj 28079370112009100368). FD 3º: (...) Del examen de la prueba practicada, ha de convenirse que el elemento fundamental a considerar es el referente a la inexistencia de desplazamiento patrimonial y la justificación económica de la venta, ya que ha quedado demostrado que el piso vendido no era el domicilio del vendedor, sino que estaba arrendado, tampoco se ha acreditado que el precio fijado en la escritura fuera irrisorio o ridículo, al practicarse una prueba pericial judicial que tasaba el inmueble a la fecha de la compraventa, en 67.116 euros -11.167.163 pesetas-, debiendo convenir que la diferencia entre el precio escriturado -9.000.000 pesetas- y el peritado, no permite considerarla relevante a los efectos pretendidos por el demandante. No puede ponerse en cuestión en esta segunda instancia, referido dictamen, cuando las partes no interesaron la comparecencia del perito a fin de aclarar conceptos o concretar algún extremo.

El dictamen pericial se constituye en una prueba legal y, aunque no se someta al contradictorio, no pierde su fuerza y validez, debiendo ser valorado por el juez, conforme se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete 133/2009 de 14 de julio²⁷³, que recuerda que los dictámenes periciales son prueba por sí, sin necesidad de ser completados con prueba personal del perito, y que la parte interesada es la que debe solicitar al Tribunal la presencia del perito en juicio para aclaraciones y poder interrogar al emisor del documento.

Entre las actuaciones previstas en el artículo 347 LEC y con relación a la solicitud de actuación del perito en el juicio o en la vista, entendemos como necesario una expresa referencia en la solicitud cuando se trata de la exposición completa del dictamen, respuestas a solicitud de ampliación, o crítica del dictamen por el perito de la parte contraria.

1º) Porque la exposición completa del dictamen exige la realización de otras operaciones complementarias del escrito aportado, como son: otros documentos, instrumentos o materiales adecuados para dicha manifestación (artículo 336.2 LEC).

273

SAP Albacete (Secc. 2ª) 133/2009 de 14 de julio (Rec.: 87/2009, ponente Sánchez Purificación). (Id Cendoj: 02003370022009100268). FD 6º: Y en cuanto a la cuantía indemnizatoria, lleva razón la demandante-apelada cuando refiere cómo no hubo realmente impugnación de la suma compensatoria, cuando no la cuestiona en la contestación a la demanda, lo que determinó el objeto y ámbito de la prueba, propiciando la renuncia de la demandante lesionada a que asistiera a juicio el perito: si no fue controvertida aquella (o sólo hubo una impugnación genérica) no precisaba de específica prueba, motivo por lo que el informe pericial no precisó ratificación, que de haberse precisado lo propio es que quien lo cuestionara llamara al perito o aportara contraprueba (no al revés), lo que no sucedió por la contratista apelante. En éste sentido, ha de recordarse que los dictámenes periciales son prueba de por sí, sin necesidad de ser completados con prueba personal del perito. Ya hemos indicado en otras ocasiones (por ejemplo, en Sentencia resolviendo el recurso 187/2007 (JUR 2008, 82952), FUNDAMENTO 4º) que "No hay inconveniente en apreciar dichos valores o peritajes por el hecho de que no se haya (o se hayan ambos) ratificado en juicio, cuando la prueba documental en general y también los dictámenes periciales son prueba propias y autónomas (art 299.2º a 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)) que no precisan de apoyo, convalidación o ratificación en juicio para poder formar convicción judicial sobre los extremos que contiene pues hacen prueba por sí (art 326 LEC respecto a los documentos, y art 346 y 248 en cuanto al dictamen pericial exclusivamente escrito) al margen de la credibilidad a valorar por el Tribunal, sobre todo cuando, como ocurre en el caso, quien los cuestiona (no tanto en su autenticidad -cuya prueba siempre es a cargo de quien aportó la prueba- sino en cuanto a su credibilidad o fuerza acreditativa) no solicitó dicha ratificación o pidió al Tribunal aclaraciones y poder interrogar al emisor del documento o peritaje (tal como indica el art 346), cuya acreditación del desvalor de una prueba aparente corresponde sólo a quien lo cuestiona (art 217 LEC), quien tiene la carga de llamar al mismo para hacer valer al Tribunal el error, contradicción o defecto de credibilidad que invoca, sin que corresponda a quien aporta dicha prueba propia o autónoma poco menos que obligatoriamente llevar a juicio al emisor para su formal y aislada ratificación, que por sí nada aporta cuando ya consta su firma en el documento".

2º) Porque la ampliación del informe puede implicar operaciones no previstas en el principio de la pericia; sin embargo, consideramos que excepcionalmente también se podría admitir la formulación de la solicitud de ampliación cuando su necesidad sea acreditada en el acto del juicio.

3º) Porque la presencia del perito que pretende criticar el informe del otro profesional dependerá, más allá de resolución del tribunal, de previa citación; por lo tanto tal actuación no podrá dejarse a la voluntad de la parte interesada para sorprender al perito de la parte contraria.

Además, consideramos que todas las actuaciones referidas podrían exigir del perito una mayor preparación para el juicio o la vista.

Por último, estimamos que podrían ser objeto de solicitud genérica las demás actuaciones del perito, explicaciones y respuestas a preguntas²⁷⁴.

Una vez admitida por el tribunal la actuación del perito en el juicio o en la vista, el profesional tiene el deber de comparecer y de contestar con objetividad las preguntas formuladas, conforme se ve en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 22 de marzo de 2002²⁷⁵. La actuación del perito tiene carácter obligatorio y su incomparecencia sin previa excusa puede resultar en la imposición de multa, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre el nuevo señalamiento, y en nueva citación con el apercibimiento de proceder por desobediencia a la autoridad. Pero, la incomparecencia del perito no obsta a la valoración del dictamen, tal como se aprecia en la Sentencia de

²⁷⁴ MONTERO AROCA considera que “la petición de la parte posiblemente no debería ser una petición genérica de que se llame al perito a la vista, sino una petición referida aspectos concretos de los enumerados en este artículo 347.1”. MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 390.

²⁷⁵ **SAP Huelva (Secc. 1ª) de 22 de marzo de 2002 (Rec.: 285/2001, ponente Jimeno Fernández).** (Id Cendoj: 21041370012002100208). FD 4º: Recurso de la demandante sobre la valoración y cuantificación del daño. La nueva Ley procesal en su artículo 336 da carta de naturaleza a la llamada "pericial de parte", es decir, permite que se conviertan en dictámenes periciales aquellos informes que encargan las partes para acompañar a sus escritos iniciales de alegación. Tales informes no son ya prueba documental y como señala el artículo 335.2, todos los peritos judiciales o presentados por las partes tienen el deber de informar con objetividad y la emisión del dictamen como tal se produce en el acto del juicio, momento en el que tanto la parte que solicitó la prueba como la contraria tienen la posibilidad de interrogar sobre el objeto de la pericia y sobre el método, conclusiones o cualquier otro aspecto del dictamen. Como tal prueba pericial, los informes aportados por las partes deben ser valorados conforme a la sana crítica y a las reglas de la lógica, sin que alguno de ellos deba primar, a priori y por su procedencia, sobre los demás sino que su mayor fiabilidad debe inferirse de su desarrollo, práctica, contenido y sometimiento a contradicción de las partes y a la valoración conjunta con el resto de las pruebas.

la Audiencia Provincial de Madrid 516/2007 de 8 de junio²⁷⁶, que entiende que dicha incomparecencia no priva a la parte que aportó el dictamen del derecho de ver su prueba pericial valorada por el juez.

No obstante, la incomparecencia del perito, con independencia del motivo que le haya provocado, podrá tener consecuencias en la valoración del dictamen de acuerdo con la calidad y objetividad del informe y con la concreta solicitud de actuación, de la parte que aportó el dictamen o de la parte contraria. Como ejemplo se puede citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 179/2006 de 28 de abril²⁷⁷, que reputó mayor fuerza probatoria al dictamen emitido por el perito designado judicialmente, que asistió

276

SAP Madrid (Secc. 11ª) 516/2007 de 8 de junio (Rec.: 250/2006, ponente Arroyo García). (Id Cendoj: 28079370112007100290). FD 2º: (...) Y al respecto cabe establecer las siguientes premisas. En primer lugar, examinadas las actuaciones, no se puede determinar si por el demandante-apelante se presentó ante el Juzgado de lo Social núm. 34, con la correspondiente demanda, el informe emitido por D. Serafin y aportado como documento 1, por cuanto en la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid de fecha 10 de diciembre de 2003 sólo se hace constar en el antecedente de hecho segundo que pese a estar citado el perito no asistió al juicio. Es decir, pese a no comparecer el perito, el Juez de lo Social podía haber valorado el informe de haberse presentado, e incluso, de haberlo entendido procedente acordarlo para mejor proveer, tal y como previene el artículo 95.1 de la LPL (RCL 1994, 1825) al disponer "Podrá el Juez o Tribunal, si lo estima procedente, oír el dictamen de una o varias personas expertas en la cuestión objeto del pleito, en el momento del acto del juicio o, terminado éste, para mejor proveer". Por lo tanto, la incomparecencia del perito al acto del juicio no implicaba verse privado D. Bruno de la prueba pericial, pues el Juez de lo Social podía haber examinado el informe, si se hubiera aportado con la demanda, y a su vez, de entenderlo procedente, oír al perito con posterioridad al juicio.

277

SAP Girona (Secc. 2ª) 179/2006 de 28 de abril (Rec.: 134/2006, ponente Rey Huidobro). (Id Cendoj: 17079370022006100169). FD 4º: (...) Practicada dicha prueba, llevada a cabo por perito designado judicialmente y sometida esta a las pertinentes aclaraciones y contradicción en el acto del juicio, resultó que efectivamente se aprecian diferencias importantes entre el proyecto y la realidad constructiva, de manera que la realidad ejecutada era superior a la proyectada con un informe favorable al comprador y ahora demandante por importe de 3.168,88 euros, IVA incluido, que con actualización suponen 3.295,64 euros. Es decir, que si el resultado de las modificaciones supuso un beneficio para el comprador al incrementarse el precio de la obra, y así se desprende también de la escritura de compraventa, que recoge un resto de precio aplazado, fruto del acuerdo sobre el incremento de precio, no tiene sentido que en base a un informe pericial de parte, que no pudo ser sometido a aclaraciones y ampliación en el acto de la vista, se llegue a la conclusión de que las modificaciones constructivas supusieron una ventaja económica para el promotor que debe restituir al comprador. Lo contrario dice el perito designado judicialmente, cuyo dictamen fue sometido a complementos y aclaraciones en el acto de la Vista, de ahí que su apreciación permita una superior presunción de objetividad que el que se acompaña con la demanda, además de ser consecuente con la conducta precedente de las partes que vinieron a reconocer un encarecimiento de la obra como consecuencia de las modificaciones y no una depreciación de su valor. De ahí que la valoración que el órgano «a quo» efectúa de la prueba pericial y del interrogatorio del demandante –empeñado en desarrollar su subjetiva versión de los hechos en el acto de la Vista–, sea ajustada a las previsiones de los arts. 348 y 316 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), sin que la incomparecencia del legal representante de la promotora al acto del juicio permita apreciar una admisión tácita de los hechos (posibilidad que es facultad del tribunal, art. 304 LECiv), en un supuesto en que las pruebas periciales y los criterios técnicos cobran especial relevancia en tanto que son los que deben ilustrar al juzgador sobre los resultados constructivos y económicos de la obra.

al juicio y se sometió a los complementos y aclaraciones, que al informe emitido por el perito que no compareció porque su autor ya había fallecido.

En el caso de incomparecencia del perito de una parte y comparecencia del perito de la otra, puede ser que un tribunal otorgue más fiabilidad al dictamen sometido al contradictorio judicial, como se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 418/2008 de 28 de noviembre²⁷⁸, que admitió mayor fuerza probatoria al informe que fue ratificado y sometido a aclaración por parte de su autor -mostrándose coherente en sus manifestaciones-, que al dictamen emitido por el perito que no compareció a juicio y en consecuencia su informe no fue sometido a contradicción.

En definitiva, consideramos que la incomparecencia del perito en el juicio o en la vista, aunque debidamente citado, no obsta a la valoración del respectivo dictamen, así lo enseña la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 260/2007 de 15 de junio²⁷⁹; y

²⁷⁸ **SAP A Coruña (Secc. 6ª) 418/2008 de 28 de noviembre (Rec.: 34/2007, ponente Pantin Reigada).** (Id Cendoj 15078370062008100715). FD 4º: (...) Este informe ha sido ratificado y sometido a aclaración por parte de su autor, quien a través de la grabación del juicio cabe advertir que se mostró por entero coherente en sus manifestaciones. El autor del informe aportado por el fabricante, por el contrario, no compareció a juicio y en consecuencia su informe no fue sometido a contradicción o aclaración a través de las preguntas que pudieran formular las partes o el juzgador. Ciertamente es que esta comparecencia del autor del dictamen no es necesaria para la validez de la prueba, pero su ausencia puede incidir en la valoración de su fiabilidad, no sólo por razones de lógica del sistema probatorio establecido por la LEC 1/2000 en el que prima el contacto directo del juzgador con el material probatorio a través de la oralidad y la inmediación, sino sobre todo por privar esta incomparecencia de los datos que el técnico pudiera aportar sobre aspectos relevantes de su dictamen, como la relación del perito con el proponente, su experiencia personal en la materia, las bases sobre las que se asientan sus conclusiones y la relación entre unas y otras.

²⁷⁹ **SAP Cáceres (Secc. 1ª) 260/2007 de 15 de junio (Rec.: 283/2007, ponente González Floriano).** (Id Cendoj 10037370012007100198). FD 2º: (...). En tercer lugar, basta la mera lectura de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida para afirmar -sin dificultad alguna- que no fue la falta de asistencia del perito designado por la parte actora al acto del Juicio el factor que determinó la desestimación de la Demanda, sino el hecho de que se dotara de una mayor preponderancia acreditativa al Informe presentado por la parte demandada, en relación con el aportado por la parte actora, en el bien entendido de que ambos Dictámenes fueron valorados como medios de prueba y que el Juzgado de instancia explicitó en la Sentencia los motivos determinantes de su convicción. Es cierto que en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia recurrida se señaló que las valoraciones y razonamientos del Informe emitido por el Sr. Fermín no se sometieron a la oportuna contradicción porque el perito no compareció, mas en ningún momento se ha afirmado en la expresada Resolución que la ausencia del perito -y, por tanto, el que su Informe no se sometiera a contradicción- fuera la causa de que dicho Informe Pericial acusara una menor virtualidad probatoria que el presentado por la parte demandada. No se aprecia, pues, vulneración alguna del Derecho a la Tutela Judicial efectiva, ni del Derecho de defensa, ni existe, en suma, desequilibrio probatorio que hubiera de ser corregido cuando -se insiste- la prueba pericial presentada por la parte actora fue admitida y practicada -incluso la ampliación presentada en el acto del Juicio-; cuestión distinta es que el Informe Pericial aportado por la parte demandada -en estricta valoración de la prueba- pueda ofrecer una mayor virtualidad demostrativa que el presentado a instancia de la parte actora.

que dicha incomparencia, con independencia de la causa, puede provocar consecuencias concretas en la valoración judicial de la prueba pericial, dependiendo de la objetividad de los razonamientos escritos.

B) Exposición completa del dictamen.

La exposición completa del dictamen presupone una actividad del perito equiparable a la actividad académica, considerando que exigirá de él una previa preparación, selección y organización de documentos, instrumentos o materiales necesarios para su actuación, así como la disponibilidad de tiempo suficiente en el juicio o en la vista para su realización. En virtud de estas peculiaridades, no estimamos muy común esta modalidad de actuación del perito, por lo menos en el ámbito de los juicios de primer y segundo grado²⁸⁰ y en las demandas más comunes, teniendo en cuenta el volumen de la demanda y el corto tiempo destinado a su realización.

Sin embargo, estimamos plausible la exposición completa del informe también en las instancias ordinarias, principalmente cuando la comprensión de la prueba pericial requiera el previo conocimiento de conceptos técnicos o científicos todavía no usualmente vistos en el foro, como pueden ser los asuntos relativos a células madre, alimentos genéticamente modificados, cambio climático, etc.

Pero, la exposición completa puede conceder un grado significativo de fuerza probatoria al dictamen, especialmente cuando coincide con los demás elementos de prueba y el informe contrapuesto no se somete a la contradicción, de acuerdo a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 36/2010 de 26 de enero²⁸¹. Asimismo, el silencio de

²⁸⁰ A título de ilustración, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, de acuerdo a lo previsto en el artículo 154, III, de su Regimiento Interno, viene realizando, desde el año de 2009, audiencias públicas para “la inquisición de personas con experiencia y autoridad en determinada materia, siempre que entender necesario la clarificación de cuestiones o circunstancias de hecho con repercusión general y de interés público relevante”. De esto modo, ya se realizaron audiencias públicas sobre diversos temas, entre ellos: la política de criterios raciales y de sistema de reserva de plazas para alumnos egresos de las escuelas públicas como forma de acceso a las universidades públicas; el Sistema Único de Salud; interrupción de la gravidez en el caso de feto acéfalo. Estas audiencias suelen durar más de tres días consecutivos y los especialistas de diversas tendencias –científicas, políticas, culturales- llegan a defender verdaderas tesis sobre los temas debatidos, mediante previa programación para sus intervenciones, que duran en torno de treinta minutos. Más informaciones sobre el tema están disponibles en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>. Fecha de consulta: 15.9.2011.

²⁸¹ **SAP Barcelona (Secc. 13ª) 36/2010 de 26 de enero (Rec.: 175/2009, ponente Utrillas**

la parte interesada en la exposición completa del informe puede provocarle perjuicio en sus pretensiones materiales y procesales, según se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas Gran Canaria 164/2008 de 8 de abril²⁸², que consideró relevante para la admisión del dictamen la omisión de la actora/recurrente al no llamar a juicio a la perito para la exposición del informe, a pesar de tener tantas dudas.

Consideramos que cuando la pericia trata de materias ya analizadas en el día a día de los tribunales, las actuaciones periciales más solicitadas corresponderían a las que permiten

Carbonel). (Id Cendoj 08019370132010100060). FD 1º: (...) 3.- el informe del perito Sr. José Carlos (doc 2 de la demanda), que no ha sido ratificado en el acto del juicio, con la necesaria contradicción, y que incluye partidas por trabajos de reparación de puertas, pintura, o montaje y desmontaje de la instalación de aire acondicionado, que no aparecen en el informe del perito de la demanda, y que tampoco aparecen claramente justificados por el reportaje fotográfico que acompaña el perito de la actora a su informe (f.50 y 51), por la declaración testifical del asegurado, o por otros documentos. Frente a la prueba propuesta por la actora, aportó la parte demandada el informe del perito Sr. Luis Ángel (docs 1 y 2 de la contestación), emitido bajo su responsabilidad, y de acuerdo con sus conocimientos científicos, técnicos, o prácticos, que nadie discute, habiendo sido ratificado el informe pericial de la demandada en el acto del juicio, con la necesaria contradicción, habiendo tenido oportunidad las partes de solicitar la exposición completa del dictamen al perito, la explicación del dictamen o de alguno de sus puntos cuyo significado no se considerara suficientemente expresivo, la respuesta a preguntas y objeciones sobre método, premisas, conclusiones, y otros aspectos del dictamen, así como la respuesta a solicitudes de ampliación del dictamen, en los términos del artículo 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (...) Además el informe del perito de la demandada es compatible con las demás pruebas practicadas, y en concreto el reportaje fotográfico del perito de la actora, y la declaración testifical del asegurado de la demandante. En consecuencia, no pudiendo estimarse claramente probado por la actora la existencia de daños por importe superior al admitido por la demandada, de acuerdo con la valoración del informe pericial de la demandada, procede fijar el importe de la indemnización en la cantidad de 1.430'71 €, coincidente con la opuesta por la demandada, y la fijada en la sentencia de primera instancia, procediendo en definitiva la desestimación del motivo de la apelación de la parte demandante.

282

SAP Las Palmas Gran Canaria (Secc. 4ª) 164/2008 de 8 de abril (Rec.: 727/2007, ponente Martín Calvo). (Id Cendoj 35016370042008100154). FD 2º: (...) En fin, se han consignado por escrito las concretas operaciones realizadas. El actor en su recurso parece echar en falta mayores aclaraciones sobre las referidas operaciones (ampliaciones de las imágenes con señalamiento de detalles y comparaciones), sorprendiendo además que efectúe puntualizaciones al informe propias de un perito calígrafo (cualidad que se ignora respecto al letrado de la actora) señalando en su recurso, contrariando a lo consignado en el informe pericial, que «creemos que las firmas debitadas existen temblores, como en las "t", paradas innecesarias en la unión de la "n" con la "t", o en la base de la misma "t"», que «las firmas indubitadas son todas horizontales» mientras las «firmas dubitadas no respetan ese patrón». Pero, dicho lo anterior, ni siquiera fue pretendida la presencia del perito en el acto del juicio a fin de que, primero, por el Juez a quo pudiera valorarse cualquier objeción y posteriormente esta Sala entrar a analizar las contradicciones aseveradas en el recurso. La actora, a la vista desfavorable de las conclusiones del informe, si tantas dudas tenía y pretendía objetar a la labor llevada a cabo debió haber llamado a juicio a la perito informante exigiendo la exposición completa del dictamen mediante la aportación de todos los materiales e instrumentos utilizados o las explicaciones a que hubiera lugar o respuestas a preguntas y objeciones sobre el método, premisas y conclusiones e incluso respuestas a solicitudes de ampliación. Lejos de ello se aquietó con su contenido, por lo que ahora sus objeciones de puntualización carecen de eficacia resultando a juicio de la Sala acertada la valoración objetiva que del dictamen realiza la sentencia y que nosotros aquí compartimos.

desde el principio y en un breve espacio de tiempo el contradictorio del dictamen, como son: las explicaciones, las preguntas, las solicitudes de ampliación y las críticas del perito de la parte contraria.

C) Explicación del dictamen o de algunos de sus puntos.

Cualquiera de las partes tiene legitimidad para solicitar la explicación del dictamen o de algunos de sus puntos; pero, no me parece de esperar que la parte que aporte el dictamen pueda tener interés en proceder en juicio a alguna aclaración oral, teniendo en cuenta que los trabajos escritos de esta naturaleza, en virtud de su objetividad y precisión, deberían explicarse por sí mismos, sin necesidad de manifestación de su autor.

Se podrían plantear no obstante dos situaciones que tornarían plausible que la parte que aportó el dictamen solicite explicaciones en juicio de su perito: 1ª) cuando las materias técnicas o científicas abordadas sean nuevas para el tribunal, conforme a lo comentado en el apartado anterior; 2ª) en el caso de que se aporte más de un dictamen pericial; también se justificaría la solicitud de explicación a instancia de la propia parte que designó al perito, con el objetivo de esclarecer las supuestas discrepancias verificadas entre los distintos informes.

El objeto de la explicación debe referirse a alguno o algunos puntos del dictamen cuyo significado no se considere suficientemente clarificador a los efectos de la prueba debido a la falta de precisión respecto de uno o más elementos del informe y su correlación con el objeto de la prueba. Así se obliga al perito a manifestarse exclusivamente sobre el objeto de la prueba pericial y se puede poner en duda la objetividad y credibilidad del dictamen que extrapole estos límites, por incluir razonamientos y/o conclusiones innecesarias o impertinentes.

Las solicitudes de explicaciones no pueden exceder del contenido del dictamen y el objeto de la prueba pericial; el tribunal debe diligenciar en el sentido de evitar los excesos de las partes en este sentido, no admitiendo las explicaciones que sean impertinentes o inútiles. Un ejemplo de solicitud de explicación impertinente puede ser vista en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora 130/2002 de 19 de abril²⁸³,

²⁸³ SAP Zamora 130/2002 de 19 de abril (Rec.: 383/2001, ponente González González). (Id

que consideró adecuada la denegación judicial a una explicación formulada por la parte al perito que, por referirse a una supuesta causa de los daños, no guardaba relación con el objeto de la pericia que era únicamente cuantificar los daños presentados por el vehículo.

D) Respuestas del perito a las preguntas del juez y las partes.

No tratándose de una exposición completa del dictamen o de explicación en cuanto a algún punto cuyo significado no se considerase suficientemente aclarados a los efectos de la prueba, las partes y sus defensores pueden hacer preguntas y objeciones sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen. Consideramos que esta fase se constituiría en el verdadero contradictorio del informe pericial, por proporcionar el debate de todos los aspectos del informe.

Así como en las demás actuaciones del perito en el juicio o en la vista, el órgano jurisdiccional que preside el acto queda vinculado a dictar sentencia, pero la riqueza de detalles de la actuación de preguntas y respuestas, según nuestra opinión, conferiría aún más relevancia al principio de inmediación judicial. En este contexto, cumple destacar la importancia de una apropiada formulación de las preguntas dirigidas al perito, ya que “si el juez formula preguntas equivocadas muy difícilmente podrá conseguir del perito respuestas útiles para su decisión”²⁸⁴. En el ámbito de la prueba técnica o científica se requiere del juez un adecuado y razonable conocimiento del método empleado por el perito; en el caso contrario, las preguntas indebidamente sometidas al experto podrán quedarse sin contestación o las eventuales contestaciones podrán provocar más dudas que aclaraciones.

La estrecha relación entre la actuación de *preguntas y respuestas al perito*, el principio de la inmediación judicial y la valoración del dictamen puede conllevar a la nulidad de

Cendoj: 49275370012002100405). FD 2º: (...) En este caso, la finalidad exclusiva del informe pericial es la de valorar los daños del vehículo de la actora y en caso alguno la causa de los mismos y, por tanto, las aclaraciones y explicaciones a solicitar por la parte demandada ha de limitarse a lo relativo a la cuantificación de los daños, por lo que la denegación es procedente. No se ha denegado a la parte recurrente su derecho a hacer las preguntas y a solicitar las explicaciones oportunas en el ejercicio del derecho de defensa de los intereses que representa en el procedimiento, sino que lo que se ha denegado por la Juez de instancia es la realización de una concreta pregunta que era ajena al contenido del informe pericial.

²⁸⁴ TARUFFO, M., *La prueba*, cit., p. 292.

la sentencia²⁸⁵. Y es que “la intermediación debe exigirse no sólo respecto a la actividad probatoria sino también en relación con la actividad alegatoria oral de los contendientes por cuanto la decisión judicial se nutre de ambas, e independientemente de que la última de las mencionadas tiene habitualmente su versión escrita”²⁸⁶. Además, “la motivación sólo puede redactarse por los jueces ante los que se ha desarrollado el juicio y que necesariamente, además, han tomado parte en la deliberación de la resolución jurisdiccional; la infracción de estas exigencias da lugar a la nulidad de la misma”²⁸⁷.

Entre muchas otras posibilidades que relacionan la valoración del dictamen con la actuación del perito en las preguntas y respuestas, plantearíamos las siguientes:

- 1) El tribunal puede otorgar mayor credibilidad al dictamen cuando complementado con las respuestas del perito en el acto de la vista resulta suficientemente clara, exhaustiva y detallada para servir de apoyo a la resolución judicial²⁸⁸.

²⁸⁵ **AAP Cuenca 24/2005 de 22 de junio (Rec.: 21/2005, ponente Orea Albares).** (Id Cendoj: 16078370012005200093). FD 3º: (...) siempre que deba ser sustituido el Juez ante el que comenzó a celebrarse la vista interrumpida y, tratándose de tribunales colegiados, cuando la vista no pueda reanudarse con magistrados de los que ya actuaron en ella en número suficiente para dictar resolución», no hay duda de que al no poderse reanudar la vista por el juez que celebró la vista interrumpida y que presenció la prueba de interrogatorio de la demandante y testifical procedía celebrar nueva vista; y la reanudación de la vista por un juez distinto, ante el que se practicó interrogatorio de parte y la prueba pericial que luego dicto el Auto la Juez que intervino en la vista interrumpida constituye una infracción de una norma esencial del procedimiento, por vulneración del principio de intermediación, que dado el carácter meramente oral de este juicio oral supone la quiebra de la tutela efectiva; por lo que aplicando la regla general sobre nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 238 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como la norma específica del núm. 3 del artículo 137, procede decretar la nulidad de actuaciones solicitada, sin entrar a conocer de los demás motivos del recurso.

²⁸⁶ Conforme CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aproximación a la...”, cit., p. 327.

²⁸⁷ Así PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho procesal penal, T. I, Principios del Derecho Procesal*, Madrid, 2000, p. 385.

²⁸⁸ **SAP Valencia (Secc. 11ª) 619/2008 de 15 de octubre (Rec.: 448/2008, ponente López Orellana).** (Id Cendoj 46250370112008100647). FD 2º: (...) Ahora bien, no entiende la Sala que existan argumentos suficientes para dar mayor prevalencia a la pericial del actor sobre la de la demandada, debiendo respetarse en términos generales la valoración de la prueba que realiza el Juzgador de instancia, puesto que no es arbitraria o ilógica. Ya que, en efecto, precisamente por tener ambos peritos la adecuada cualificación profesional, no resulta de mayor valor el informe que se acompaña por el actor. Y por el contrario de lo que se expone por el recurrente, la pericial de la demandada, complementada con las respuestas del perito en el acto del juicio resulta suficientemente clara, exhaustiva y detallada para servir de apoyo a la sentencia de instancia, hasta el punto de concluir como solución definitiva para solucionar los problemas, y no meramente coyuntural, la que propone, sin que existan elementos suficientes "a priori" para dudar que ello no vaya a ser así; sin que sea suficiente para entender otra cosa las respuestas que da en juicio a las preguntas que se le realizan que se enuncian en el recurso de apelación, que no desmerecen el resultado global y firmeza en las conclusiones de dicha pericial.

2) Igualmente puede resultar mayor credibilidad al informe cuando la parte contraria no formula preguntas decisivas al perito en el juicio o la vista²⁸⁹.

3) Las respuestas evasivas, genéricas o inconcretas del perito también pueden disminuir su credibilidad²⁹⁰. Pero, aún en este supuesto, el tribunal puede considerar la fuerza probatoria del informe cuando se den circunstancias que deban ser consideradas, como en el caso de que:

a) la prueba pericial haya sido propuesta por quien, presuntamente produjo los daños y no por quien los padeció; b) se trate de un perito de designación judicial y no a instancia de parte; c) que el perito haya mantenido contacto directo con el objeto material de la pericia, lo que no fue considerado en la resolución recurrida²⁹¹.

289

SAP Madrid (Secc. 10ª) 64/2010 de 12 de febrero (Rec.: 673/2009, ponente Arias Rodríguez). (Id Cendoj 28079370102010100078). FD 1º: (...) La prevalencia que se concede por la Juzgadora a quo al informe redactado por el perito propuesto por la parte actora ha de ser corroborada por un cúmulo de razones, a saber: 1º) Por ser categóricas las conclusiones a que arribó dicho perito. 2) Por ser sus conclusiones coonestables con otras probanzas, cual se ha dejado indicado. 3) Por la razón de ciencia proporcionada y grado de cualificación profesional, id est, arquitecto superior, desconociéndose incluso la cualificación del perito D. Feliciano. 4) Por no haberse formulado pregunta alguna por la parte demandada al perito Sr. Severino sobre la posibilidad de que las humedades pudiesen haber aflorado por la causa aducida por el perito D. Feliciano, quien se mostró mucho menos categórico que D. Severino respecto al origen de las humedades al señalar en el acto del juicio "pienso que las humedades proceden del subsuelo", además de que su testimonio ha venido a confirmar que entre las últimas visitas realizadas por el perito antedicho habían aumentado las humedades, lo que denota que los daños son progresivos, y que las humedades de la vivienda de la actora estaban secas.

290

SAP Pontevedra (Secc. 1ª) 19/2010 de 13 de enero (Rec.: 745/2009, ponente Pérez Benítez). (Id Cendoj 36038370012010100031). FD 3º: (...) Las respuestas del perito demandado fueron dubitativas (expresiones como "parece ser", o "pienso que sí", resultan poco seguras) y, en buena medida, consecuencia de la propia forma de realizar las preguntas por la defensa letrada del proponente. (...) FD 4º: (...) En todo caso, nada se ha acreditado en sentido contrario; el perito aportado por el demandado se limitó a afirmar lo obvio: que sólo se habían caído diez metros, confesando que el resto no lo llegó a ver; lo que faltaba por conocer era si el resto permanecía intacto. El perito aceptó, incluso, que el muro tenía fisuras. Por tal motivo, la reclamación pecuniaria prospera en su integridad.

291

SAP Zaragoza (Secc. 4ª) 280/2008 de 16 de mayo (Rec.: 107/2008, ponente Nicolas Bernard). (Id Cendoj 50297370042008100309). FD 2º: (...) El juzgador de instancia no otorgó credibilidad a esta pericial, consignada en los folios 60 y ss pues, según la Sentencia, la imputación de daños hecha por el perito se hizo sobre la base de lo expresado documentalmente por terceros (Policía Local y actuaciones del propio Juzgado) y no por la verificación personal del propio técnico concretando la enumeración e identificación de los daños y su relación de causalidad con las controvertidas obras. Sin embargo, este Tribunal ha de discrepar del carácter anodino de esta prueba para estimar las pretensiones de los actores. En efecto, si bien la actuación del perito en la vista no fue, en cuanto a formas, especialmente afortunada, cierto es que el Juez tuvo que apercibirlo dos veces para que guardara el debido respeto a preguntas de la demandada, nada debe objetarse al fondo, tanto en lo consignado documentalmente en él como

- 4) Asimismo puede disminuir la fiabilidad del dictamen cuando se detectan contradicciones entre las opiniones orales del perito y las vertidas por escrito, exceptuando cuando refieran a la rectificación del informe.
- 5) Además, puede implicar en perjuicio a la credibilidad del informe si el perito que lo emite no contesta las preguntas formuladas²⁹².

en su ratificación y defensa el día de la vista, tratándose, además, de un perito judicial y no uno de parte, propuesto por quien, presuntamente, produjo los daños y no por quien los padeció, lo que, a priori, hace pensar en la objetividad de aquél. Así, nada obstaría a compartir el criterio probatorio otorgado en la instancia si tal informe se hubiera hecho sobre documentos de terceros de forma exclusiva y sin verificación personal, pero lo cierto es que estos fueron el punto de partida de sus investigaciones, pues suscribe también en el folio 62 que como actuación realizada "fue a la vivienda afectada analizando la realidad de los daños y humedades cotejándolo con los presupuestos y valoraciones que presentan los afectados", manifiesta que "hay unos daños reales" y, en el folio 63 declara, bajo su responsabilidad, que "tales daños están causados por la ejecución de las obras de los aquí obligados al pago de los daños" esta inferencia, aunque parece que sólo la hace de la lectura de la actuación del juzgado, ha de concluirse que fue por propia verificación personal de tal relación de causalidad, pues en el mismo folio 63 dice "este perito concluye que con las pruebas y documentos recabados que los daños están causados y guardan relación con la ejecución de las mencionadas obras realizadas en este pleito", esto último ha de ponerse en relación con la presencia en la vivienda y análisis de la realidad de los daños y humedades que dice ha verificado (folio 62) y de la imputación que tales daños hizo en la vista a los "demandados", ratificando nuevamente su informe.

292

SAP Murcia (Secc. 5ª) 135/2003 de 5 de mayo (Rec.: 4/2003, ponente Hervas Ortiz). (Id Cendoj 30030370052003100554). FD 2º: (...) En segundo lugar, debe resaltarse que a la Sala no le han ofrecido suficiente convicción las pruebas periciales practicadas a propuesta de la parte actora, esto es, las de los peritos D. Vicente y D. Carlos Manuel, frente a lo que se desprende de lo manifestado por los peritos propuestos por los demandados, D. Jesús Manuel, D. Pedro Francisco, y frente a lo afirmado por los dos testigos-peritos, D. Alexander y D. Constantino; y no le ha ofrecido a la Sala la suficiente convicción, al menos para alcanzar la conclusión de que la actuación de los demandados haya dado lugar a un empeoramiento de la situación patológica final del actor en relación con la que cabía esperar como consecuencia de la lesión sufrida, por las razones que a continuación se exponen. (...) Así D. Vicente ni es traumatólogo ni se dedica a la medicina asistencial, como reconoció en el acto del juicio, debiendo añadirse que dicho perito parte de que existió un mecanismo lesional con rotación o torsión de la muñeca que, como antes se dijo, no está acreditado en modo alguno, máxime cuando el mismo perito llega a decir, en el acto del juicio, en relación con la forma de producción del siniestro y a preguntas de parte demandada, que él no estaba allí cuando se produjo la lesión y que los únicos elementos que tiene son los de la historia clínica, sin que se desprenda de ésta, desde luego, que existiese esa rotación o torsión de muñeca a la que hace referencia el perito. Además no contestó dicho perito categóricamente cuando se le preguntó si la rotura del fibrocartilago era degenerativa o traumática, aunque sí dijo expresamente que sólo con la acción directa del golpe no se produce la rotura del fibrocartilago si no hay torsión y que el resultado de la resonancia magnética no indicaba si la rotura del fibrocartilago fue por degeneración o por traumatismo; y, en cuanto a la actuación concreta de los demandados, el mismo perito manifestó que la inmovilización inicial del miembro era correcta para ver si cicatrizaba naturalmente el fibrocartilago, añadiendo que cuando no existe cicatrización natural es cuando procede realizar la intervención. **Pero es que, además, - y esto es esencial- el perito no contestó a la pregunta sobre si el tratamiento suministrado por D. Ángel Daniel, una vez conocido el resultado de la resonancia, perjudicó o no al demandante, pese a que el Magistrado de instancia se lo preguntó expresamente, limitándose a contestar que no le beneficiaba y que dicho tratamiento era inefectivo, pero sin afirmar en ningún momento que le hubiese perjudicado, añadiendo**

E) Ampliación del dictamen.

Iniciativa de la actuación: El artículo 347.2 LEC establece como regla que el tribunal podrá hacer preguntas y requerir explicaciones a los peritos en sus actuaciones en el juicio o en la vista, con independencia de la iniciativa de la actuación del perito o de la forma de su designación. Ya con relación a la actuación de ampliación del dictamen, el referido precepto no permite que el tribunal lo acuerde de oficio, excepto en el caso en que la pericial sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales (artículo 339.5 LEC).

Limitación a lo acordado por el tribunal: La ampliación del dictamen debe quedarse circunscrita a lo acordado por el tribunal; ni el perito puede excederse de los límites establecidos judicialmente, ni las partes pueden exigir del profesional respuestas a cuestiones ajenas al objeto de la ampliación. Asimismo no se puede alegar perjuicio cuando el perito no conteste matizaciones y preguntas hechas por vía ajena al juzgado, como nos enseña la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 488/2005 de 8 de julio²⁹³.

La ampliación no significa nueva pericia: Merece destacarse la ampliación del dictamen

también que con la terapéutica implantada no se estaba obteniendo mejoría y que por ello era razonable que el traumatólogo que vio al actor, después de haberlo visto D. Arturo, suspendiese la rehabilitación. Y, finalmente, la máxima imputación de mala "praxis" realizada por D. Vicente consistió en afirmar que si se hubiese intervenido antes es "muy posible" que las limitaciones del actor hubieran sido menores, lo que no puede equipararse, desde luego, a una certeza de que la afirmada demora haya dado lugar a perjuicios adicionales a los que son propios de la naturaleza de la lesión sufrida. (Destacado nuestro).

²⁹³

SAP Madrid (Secc. 14ª) 488/2005 de 8 de julio (Rec.: 543/2004, ponente Brobia Varona). (Id Cendoj 28079370142005100329). FD 1º: (...) a) El primer motivo de apelación denuncia la vulneración de la tutela judicial efectiva ya que la actora propuso como prueba pericial judicial que realizaría un perito imparcial sobre una serie de extremos o una ampliación de la pericial realizada por el perito judicial insaculado a instancia de las demandadas. Entienden que en la ampliación encargada a dicho perito no contestó a las cuestiones que se le formulaban, remitiéndose al informe ya emitido y solo amplió el informe con respecto al tema de los aseos y ascensores. Volviendo a solicitar en esta alzada la práctica de dicha ampliación. A este respecto debemos decir que la prueba que se acordó en la instancia fue la ampliación de la pericial realizada por la perito insaculada Sra. Sofia, pues dicha ampliación se vio cumplimentada con la ampliación a su informe de fecha 2/12/02, en dicho informe se remitía a su originario informe y lo ampliaba en otros. Pues bien esta prueba por lo tanto se vio practicada. Pese a ello los demandantes siguieron insistiendo al perito, cada vez con más matizaciones y preguntas sobre la pericia realizada, que la perito no atendió puesto que parte de ellas fueron hechas incluso por vía ajena al juzgado. Para concluir debemos decir que la prueba fue practicada, por lo que el hecho de que ésta no satisfaga a los proponentes no es razón para que deba ser practicada de nuevo.

pericial que su admisión no permite que, en la práctica, se realice una nueva pericia. Consideramos la hipótesis de ampliación del informe cuando la prueba pericial cumple su objetivo de clarificar -desde el punto de vista técnico o científico- el hecho que se propone, pero en la vista resulta la necesidad del desarrollo del dictamen -para contrastar la fiabilidad de los aparatos utilizados o para comprobar el resultado con otros medios-, de modo de evaluarse mejor las operaciones realizadas o las conclusiones a que llegó el perito. Pero si el perito no cumple los objetivos propuestos, no contesta a las preguntas de las partes o no llega a conclusiones durante su actuación, no se admitiría la realización de una nueva pericia para suplir las deficiencias de la primera²⁹⁴.

F) Crítica al dictamen por el perito de la parte contraria.

Consideramos que la crítica a que se somete el dictamen por parte del perito de la parte contraria estaría limitada a realizarse en forma oral y en audiencia. Aunque el perito utilice apuntes escritos para la crítica o para contestarla, no se debería admitir su realización mediante escritos, puesto que puede generar más problemas en el momento de la valoración de la prueba pericial (que requiere aclaraciones y objetividad y no un nuevo informe bajo la alegación de formulación de críticas). Un ejemplo del supuesto planteado se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 311/2009 de 23 de diciembre, que relata la admisión de un segundo informe escrito por uno de los peritos criticando otro dictamen presentado anteriormente²⁹⁵.

²⁹⁴ **SAP Barcelona (Secc. 16ª) 295/2009 de 2 de junio (Rec.: 457/2008, ponente Valdivieso Polaino).** (Id Cendoj: 08019370162009100352). FD 1º: (...) Por último se aduce en la oposición al recurso que podía aportarse la ampliación al amparo de lo dispuesto en el artículo 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El precepto se refiere a las posibilidades de explicación, exposición y eventual ampliación de los dictámenes si resultase necesaria o conveniente. Pero esta ampliación no puede referirse, de ninguna manera, a que se haga un peritaje nuevo, so pretexto de la ampliación, que es lo que ocurrió en el caso, en el que nada hizo el perito para determinar la superficie en su primera intervención. Habría sido admisible que, de haber medido el perito la superficie inicialmente, se hiciese alguna ampliación de la prueba para contrastar la fiabilidad de los aparatos utilizados, o para comprobar el resultado con otros medios. Pero nada de eso ocurrió aquí, pues se trató de lo que hemos repetido: el perito no midió la superficie al principio y la midió después, aportando el resultado con una sedicente ampliación del dictamen. Si la prueba no era admisible, no puede aceptarse la pretensión del recurrente de que se anulen las actuaciones practicadas. Lo único ortodoxo es que se excluya toda valoración de dicha nueva prueba, pues, si no debió ser admitida, la consecuencia ineludible es que no se tenga en cuenta, sin que sea preciso que se acuda al traumático remedio de la nulidad, que además resulta improcedente porque una vez que se concluye que no puede tenerse en cuenta ese dictamen extemporáneo, ninguna indefensión se causa al apelante, como es preciso que ocurra para que pueda hablarse de nulidad de actuaciones.

²⁹⁵ **SAP Madrid (Secc. 28ª) 311/2009 de 23 de diciembre (Rec.: 108/2009, ponente Arribas**

Además de realizarse la crítica al dictamen de manera oral, estimamos que trascorra en el contexto del propio interrogatorio del perito; pero se exigiría en este caso, que en la solicitud de comparecencia de los peritos se hiciese constar específicamente la actuación de crítica del informe. Es decir, la crítica formulada en las declaraciones que presta el perito de la parte contraria debe ser objeto de petición por la parte interesada en dicha actuación y aún más, debe ser objeto de valoración en la sentencia, porque en la medida en que la crítica rechaza la opinión del perito de la parte contraria también puede valer para reforzar la posición del dictamen del perito que la formula. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida 458/2009 de 14 de diciembre²⁹⁶, relata que, en el momento de las aclaraciones, la realizada por uno de los peritos es de mayor solidez, desvirtuando con ello lo sustentado por el otro. La crítica del dictamen puede proporcionar al perito más oportunidades para convencer oralmente al juzgador de la validez de sus conclusiones y de la falta de consistencia de los demás informes. Por este motivo, los abogados y los peritos deben tratar este asunto con la suficiente atención de modo de no promover la tesis sostenida por el perito de la parte contraria.

Entendemos que la crítica al dictamen aportado por el perito de la parte contraria presupone que ambas partes hayan presentado prueba pericial escrita en el proceso. Por consiguiente, sólo estaría legitimado para formular crítica el profesional que también haya actuado como perito y no se admitiría, por ejemplo, que la parte interesada en la

Hernandez). (Id Cendoj 28079370282009100259). FD 7º: (...) Por último, contamos con el segundo informe elaborado por el Sr. Abilio que critica la crítica que de su informe hace el informe del Sr. Efraín que, recordemos, a su vez, criticaba la crítica que el primer informe del Sr. Abilio hacía del informe de los Sres. Enrique y Gerardo. Lo expuesto pone de manifiesto la dificultad de determinar el valor razonable de las acciones objeto de autos y la incertidumbre que genera su cuantificación, a la vista de que numerosos y muy reputados catedráticos y expertos en la materia han sido manifiestamente incapaces de aproximar su valoración, oscilando las ofrecidas, todas ellas bajo extensos y aparentemente fundados análisis, entre 79,91 euros (acciones serie A) y 799,12 euros (acciones serie B), y 227,64 euros y 2.276,44, según el tipo de acción. Esto es, la desviación entre ambas valoraciones extremas se eleva a casi un 300%.

²⁹⁶

SAP Lleida (Secc. 2ª) 458/2009 de 14 de diciembre (Rec.: 120/2009, ponente Sainz Pereda). (Id Cendoj 25120370022009100412). FD 4º: (...) No se trata, por tanto, de otorgar mayor credibilidad al perito Don Simón por el hecho de que el perito Don. Argimiro es delegado de Opel (circunstancia ésta a la que también se alude en la sentencia a efectos de cuestionar su imparcialidad, por su evidente interés en el asunto) pues además de que tal apreciación en cuanto a la relación laboral es cierta y puede empañar su objetividad, también se han tenido en cuenta por la juzgadora de instancia las demás pruebas practicadas que ponen de relieve la veracidad de las alegaciones del demandante en cuanto a los problemas existentes con el motor de arranque desde la fecha de su adquisición, y todo ello unido a las aclaraciones de los peritos lleva a considerar que el criterio Don. Simón cuenta con mayor solidez y desvirtúa el sustentado por el otro perito.

crítica contrate un profesional exclusivamente para el acto del juicio o de la vista con esta finalidad. Consideramos que el testigo perito podría hacer consideraciones sobre el informe escrito, pero no se admitirían las críticas directas al perito que emitió el informe, con excepción de la hipótesis en que las partes estén de acuerdo y el perito así lo admitiese. Según nuestra opinión, la restricción al perito regularmente designado para realizar críticas al dictamen del otro profesional tiene básicamente tres fundamentos:

1º) la LEC, más que la sencilla crítica del informe practicado por otro experto, propone un modelo de plena contradicción²⁹⁷ mediante la confrontación de dictámenes en el ámbito del proceso civil²⁹⁸;

2º) cuanto a los aspectos formales inherentes a la actuación como perito: compromiso o juramento de decir la verdad y sus consecuencias;

3º) y con relación a cuestiones procesales que transcurren del principio dispositivo; la parte que no aporta dictamen pericial debe soportar las consecuencias procesales de su opción, entre ellas, la de no poder

²⁹⁷ La Exposición de Motivos LEC relaciona la plena contradicción a “las disposiciones conducentes a someter los dictámenes de perito a explicación, aclaración y complemento”.

²⁹⁸ **SAP Madrid (Secc. 12ª) 845/2009 de 17 de diciembre (Rec.: 699/2008, ponente Herrero de Egaña y Octavio de Toledo).** (Id Cendoj: 28079370122009100409). FD 6º: (...) El demandado se limita a cuestionar la valoración, pero no ofrece una valoración alternativa que tenga en cuenta sus propias alegaciones, ni aporta dictamen u otra prueba que sustente sus afirmaciones sobre lo incorrecto de la valoración efectuada por Don. Carlos Ramón, debiendo tenerse en cuenta que si el actor aporta una prueba que determine el importe en que se evalúan los daños- en el presente supuesto un dictamen pericial-, debe probarse que la valoración es excesiva o incorrecta, ya que con la valoración que el actor aporta cumple con la carga de acreditar el valor de los perjuicios (artº 217.2 LEC), y si se pretende rebatir tal valoración, deberá desvirtuarse tal prueba mediante otra prueba que acredite cumplidamente que la valoración es incorrecta y que el importe del daño es otro diferente al indicado por el actor. En el mismo sentido, **SAP Santa Cruz de Tenerife (Secc. 4ª) 305/2007 de 3 de octubre (Rec.: 221/2007, ponente Moscoso Torres).** (Id Cendoj: 38038370042007100379). FD 2º: (...) Por lo demás, el hecho de que el dictamen haya sido emitido por dicho Técnico no invalida su eficacia ni impide su valoración, que ha de realizarse conforme a las reglas de la sana crítica según dispone el art. 348 de la LEC, sin que hubiera sino necesario o imprescindible una prueba pericial judicial para la acreditación y prueba de los defectos. La nueva LEC permite el dictamen pericial de parte confeccionado por perito de su elección, sin necesidad de pericia judicial que, igualmente, la podía haber propuesta y con más razón si cabe, la propia entidad actora y apelante precisamente para desvirtuar ese dictamen o determinar otro alcance con relación a los defectos advertidos, de manera que también estaba de su parte la posibilidad de proponer esa prueba que reclama a la contraria. Naturalmente con esto no se está tratando de alterar las normas sobre la carga de la prueba (pues no cabe duda de que la prueba de los defectos corresponde al actor en reconvención según lo dispuesto en el art. 217 de la LEC, por ser un hecho constitutivo de su pretensión), sino de advertir que ante el dictamen y la prueba documental presentada por éste, se podía haber propuesta otra de refutación de ese hecho y de la existencia de los defectos advertidos. Por lo demás, el informe pericial no integra una prueba sujeta a una especie de impugnación en orden a su eficacia, sino que ésta resultará de la valoración que se efectúe conforme a lo dispuesto en el art. 348 ya citado.

criticar, a través de un profesional, el dictamen aportado por la otra.

3.3 Careo de peritos

El careo de peritos no está expresamente previsto en el artículo 347 LEC como una de las posibles actuaciones de estos profesionales en el juicio o en la vista. Sin embargo, la doctrina admite el careo de peritos de cualificación similar o idéntica bajo el fundamento de que puede realzar o disminuir la credibilidad de los informes ya aportados²⁹⁹, o para poder valorarse como un punto favorable al dictamen del perito que resulte vencedor en las actuaciones³⁰⁰.

La jurisprudencia no nos permite observar una única postura sobre el tema: por un lado admite el careo de peritos y se vale de él para la valoración de los dictámenes, conforme se puede verificar en la SAP Madrid 159/2008 de 15 de abril³⁰¹, pero, por otro, no reconoce indefensión en el caso en que el juez deniegue su realización, de acuerdo con la SAP Granada 113/2006 de 13 de marzo³⁰².

Consideramos pertinente, antes de un juicio de valor sobre el tema, plantearnos algunas cuestiones relacionadas a las diferencias entre la prueba pericial y la prueba testifical, teniendo en cuenta que es en esta segunda que la LEC establece expresamente la

²⁹⁹ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 155.

³⁰⁰ JURADO BELTRÁN, D., *La prueba pericial...*, cit., p. 81.

³⁰¹ **SAP Madrid (Secc. 21ª) 159/2008 de 15 de abril (Rec.: 119/2006, ponente Carrasco López).** (Id Cendoj 28079370212008100141). FD 5º: (...) -Y no se discute, por lo menos no se hace cuestión de ello en esta alzada, que la técnica fue correctamente ejecutada, por lo que no se puede afirmar la existencia de responsabilidad médica derivada ni de la falta de información ni de la operación en sí misma, la cuestión ha quedado centrada en la conducta médica en el postoperatorio y si la misma ha podido tener trascendencia en la necrosis en sí misma o su agravamiento. Y para resolver es fundamental no solo tener en cuenta la prueba documental – informes periciales- sino además las aclaraciones de los peritos en Juicio y diligencias finales, en las que no solo se practicó la pericial del perito judicial Doctor Mancini, sino que hubo un careo de peritos, y asimismo los informes emitidos por el demandado Doctor Luis Antonio, aportados por el actor junto a su demanda.

³⁰² **SAP Granada (Secc. 3ª) 113/2006 de 13 de marzo (Rec.: 272/2005, ponente Gallo Erena).** (Id Cendoj 18087370032006100066). FD 5º: (...) -Referido todo ello sobre el caso de autos, debemos resaltar que aquí ambos peritos intervinieron en el juicio, teniendo las partes la posibilidad y así lo hicieron, de interrogarles sobre las cuestiones de su interés, por lo que entendemos que quedó cumplido plenamente el derecho a defensa de las mismas sin limitación de ningún tipo y además, aplicadas correctamente las previsiones del *artículo 347 de la LEC*, que en ningún caso prevee un "careo" de peritos, que es lo que realmente pretende la recurrente, que entendemos fue lógica y razonablemente denegado por el Juzgado, sin que ello comporte vulneración procedimental ni desde luego, en las circunstancias de autos, pueda originar indefensión.

diligencia de *careo*: 1ª) no se puede equiparar la prueba pericial con la prueba testifical: la primera se basa en conocimientos especializados emitidos por un profesional; la segunda, en el sentido común de una persona; 2ª) en virtud de que poseen naturaleza diversa los procedimientos previstos para su actuación en el juicio o en la vista son diferentes: a) al testigo, más allá del interrogatorio, se admite el careo de testigos; b) al perito, más allá del interrogatorio, se establecen la exposición completa del dictamen, las explicaciones, las respuestas a preguntas y objeciones, las respuestas a solicitudes de ampliaciones del dictamen y la crítica del dictamen por el perito de la parte contraria.

Por ello, entendemos que las diversas actuaciones del perito en el juicio o en la vista ya serían suficientes para la formación de la convicción judicial y que no resultaría admisible a la parte o al juez imponer al perito que se someta a un procedimiento no previsto en ley. De algún modo, la crítica del dictamen por el perito de la parte contraria ya representaría una especie de careo, teniendo en cuenta que comporta respuestas y no se trata de una crítica sin contradicciones. Además, el juez, las partes y sus abogados pueden clarificar sus dudas mediante sus preguntas al perito, realizadas individualmente.

En definitiva, se podría afirmar que:

- 1º) si el tribunal acuerda practicar el careo de peritos y las partes y sus peritos lo aceptan, esta actuación deberá ser considerada en la valoración del dictamen;
- 2º) si el tribunal acuerda dicho careo y una de las partes o ambas y/o los peritos no lo acepta no podrían ser obligados a someterse a él;
- 3º) el rechazo por el tribunal o la no aceptación del careo de peritos por una de las partes no genera indefensión a la parte solicitante de la actuación.

3.4 Rectificación del dictamen

La actuación del perito en el juicio o en la vista, que otrora se limitaba a la ratificación del dictamen, también puede resultar en la rectificación del informe por el perito que lo emitió, en virtud del juramento o promesa de decir la verdad. No es que el perito no haya dicho la verdad en el dictamen, pero puede ser que en el acto del juicio conozca

algún dato o información que no disponía al tiempo de emitir el informe y por ello haga cambiar de opinión³⁰³, conforme se ve en la SAP Palma de Mallorca 64/2010 de 10 de marzo³⁰⁴. Pero, no entendemos admisible que el perito, a título de rectificar el dictamen, pretenda presentar una nueva pericia; motivo por el que consideramos que la rectificación deba ser oral y en el acto del juicio o vista y no posteriormente y por escrito.

4 EL DICTAMEN: VINCULACIÓN, LIMITACIONES AL JUEZ EN SU VALORACIÓN

4.1 La no vinculación de la decisión judicial al dictamen pericial

En este apartado se pretenden abordar dos lados de la misma moneda: primero, la concepción de la soberana y exclusiva actividad de juzgar, conferida constitucionalmente a los juzgados y tribunales, lo que no permite la transferencia de la potestad jurisdiccional a otros órganos del poder estatal, ni tampoco a cualquier otra persona ajena³⁰⁵, como es el caso del perito. En segundo lugar, en la condición de una especie de autocontrol de la actividad jurisdiccional en la valoración del trabajo de los

³⁰³ Según KEANE, en Reino Unido, “si, tras el cambio de dictámenes entre las partes, el perito cambiar su opinión sobre los asuntos, debe comunicar tal cambio a la otra parte sin retrasos, así como al tribunal en el momento apropiado”. KEANE, A., GRIFFITHS, J., MCKEOWN, P., *The Modern Law...*, cit., p. 534.

³⁰⁴ **SAP Palma de Mallorca (Secc. 5ª) 64/2010 de 2 de marzo (Rec.: 22/2010, ponente Ramon Homan).** (Id Cendoj 07040370052010100044). FD 3º: (...) Se han practicado dos pruebas periciales por Arquitectos Técnicos: la de D. Oscar , designado por los demandados, para quien el coste de las obras sería de 176.918,34 euros (Con IVA 205.224,34 euros), a los que se debería descontar 1.574,22 euros por modificaciones de presupuesto, 8.873,63 por diferencias con el presupuesto y 8.594 euros por patologías; y la de D. José Daniel , designado por el Juzgado Decano a instancias de la parte actora, quien no aprecia la existencia de patologías, y valora las obras efectuadas, tras una rectificación en el acto del juicio oral, en 227.431 euros (incluido IVA). La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda en la suma de 85.722,95 euros y acoge el peritaje del Sr. José Daniel, y, como aspectos más relevantes, considera que la Sra. Rafaela ha consentido todas las obras realizadas; ante las valoraciones discrepantes de los dos peritos, acoge el del perito de nombramiento judicial; y estima no acreditadas las patologías recogidas en el dictamen presentado por la parte demandada. Por último se aduce en la oposición al recurso que podía aportarse la ampliación al amparo de lo dispuesto en el artículo 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁰⁵ Conforme PEDRAZ PENALVA, “de la potestad importa resaltar, de un lado, que la misma viene atribuida a los jueces y magistrados por la Primera Norma, en relación a un determinado, genéricamente, ámbito funcional (117 CE); de otro, que dicha potestad ha de ser, y únicamente puede ser, ejercitada por ellos, a través del proceso, para juzgar y ejecutar lo juzgado, aplicando la Constitución y demás normas del Ordenamiento jurídico”. PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, pp. 142-143.

peritos, las limitaciones impuestas por la jurisprudencia a la libertad judicial en la valoración del dictamen³⁰⁶.

En este contexto, se analizan algunos aspectos de la potestad jurisdiccional, de la motivación y publicidad de las sentencias y de las reglas de la sana crítica, para a continuación estudiar las limitaciones desarrolladas por la jurisprudencia en la valoración de la prueba pericial.

Consideramos que el tema relativo a la no obligatoriedad de la vinculación del juez al dictamen –más precisamente a la decisión judicial-, requiere una breve reflexión respecto a la *potestad jurisdiccional* prevista en el artículo 117.3 de la Constitución Española (CE): “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*”. Y es que vincular la sentencia a las conclusiones del dictamen podría resultar en una temeraria e inconstitucional transferencia de potestad jurisdiccional a los peritos. Por ello el criterio de valoración de la prueba pericial en análisis indica que el tribunal puede no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro.

La prueba pericial, materializada en el dictamen, no tiene o no debería tener el poder de determinar, con carácter absoluto, la dirección de la resolución judicial³⁰⁷, porque el dictamen de peritos no acredita irrefutablemente un hecho, sino simplemente el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados, sin vincular en absoluto a los Jueces y Tribunal, que pueden apreciar las

³⁰⁶ NIEVA FENOLL comenta que “se ha discutido con cierta frecuencia si el juez está obligado o no a seguir el dictamen pericial. La jurisprudencia sólo le ha dicho a los tribunales de primera instancia sobre todo, con muchísima reiteración, que si no lo siguen, razonen por qué se separan del mismo, pero al mismo tiempo se ha defendido con bastante vehemencia la libertad del juez respecto del perito”. NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010, p. 305.

³⁰⁷ Según STEIN, “la tesis de que al juez *le está permitido* acudir a peritos, pero no se encuentra *obligado* a ello, es un principio del derecho probatorio, pero, por otra parte, no es sino una concreción de aquel principio genérico según el cual puede el juez utilizar libremente su conocimiento de máximas de la experiencia”. STEIN, F., *El conocimiento privado...*, cit., pp. 82-83.

pruebas según las reglas de la sana crítica³⁰⁸.

Pero, considerando el desarrollo de la ciencia y de la tecnología, que utilizan métodos y técnicas que permiten resultados cada vez más precisos, se podría plantear: ¿El poder de la ciencia puede sustituir a los jueces a la hora de resolver un conflicto de intereses? ¿Nos encaminamos a una posible sustitución del juez por los recursos científicos y aparatos tecnológicos?

En algunos supuestos muy concretos, en los cuales las pruebas periciales científicas alcanzan resultados de probabilidad muy cercana al 100% -como en el examen de ADN-, el juez queda prácticamente vinculado a admitir el resultado de la prueba pericial³⁰⁹, incluso reconocer su preponderancia sobre los demás elementos de prueba. Ante la autoridad científica del resultado de la prueba pericial, la actividad judicial se limitaría a verificar los aspectos relativos a la idoneidad, validez y correcta aplicación del método utilizado³¹⁰, para admitir o no la fiabilidad de los resultados obtenidos y la

³⁰⁸ STS (Secc. 1ª) 124/2006 de 22 de febrero (Rec.: 1419/1999, ponente García Varela). (Id Cendoj 28079110012006100135). FD 2º: El motivo primero del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1243 del Código Civil, en relación con el artículo 632 de aquel ordenamiento, por error de derecho en la apreciación de la prueba pericial, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada ha omitido su valoración, donde el Perito judicial dictaminó que el valor del inmueble sito en Dénia, conocido como "DIRECCION000", es de 249.920.000 pesetas, y, por tanto, el valor de su mitad indivisa es de 124.960.000 pesetas, sin embargo la Audiencia determina un importe a dicha parte indivisa de 150.000 pesetas y manifiesta que los actores pretenden otro de 9.915.154 pesetas- se desestima porque, de una parte, la sentencia recurrida no ha utilizado la prueba pericial en su argumentación para dar respuesta al debate, y de otra, esta Sala tiene declarado que el dictamen de peritos no acredita irrefutablemente un hecho, sino simplemente el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados, sin vincular en absoluto a los Jueces y Tribunales, ya que éstos, conforme previene el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueden apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de peritos (STS de 16 de octubre de 1980), y también que las pruebas periciales son de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, hasta el punto de que los Jueces pueden prescindir de las mismas (STS de 10 de febrero de 1994).

³⁰⁹ MONTERO AROCA llega a afirmar que en estos casos de ADN no se aplicaría el sistema de la sana crítica, al sostener que “parece evidente que la sentencia que se separe de ese dictamen incurre en arbitrariedad, por lo que puede decirse que no cabe hablar propiamente de valoración de la prueba”. MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 396.

³¹⁰ GASCÓN ABELLAN advierte al juez la necesidad de observar dos cautelas al valorar esta prueba: “La primera tiene que ver con la verificación y control de los requisitos de fiabilidad (o de casi infalibilidad) de la prueba. La segunda tiene que ver con el valor atribuido a la prueba y, sobre todo, con su incidencia en la valoración final de los hechos principales que se pretenden probar y de los que depende la decisión”. GASCÓN ABELLÁN, M., “Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 15, 2007, pp. 10 y ss. Disponible en: http://www.uv.es/CEFD/Index_15.htm. Fecha de consulta: 13.5.2010.

consecuente fuerza probatoria del dictamen.

Otro aspecto que debe ser considerado a la hora de la no vinculación del juez al dictamen pericial, refiere al ineludible deber de *motivación y publicidad* de las sentencias establecido por el artículo 120.3 CE: “*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*”. “La motivación de las sentencias ha de hacerse con independencia del interés de la parte o partes del proceso, dirigiéndose pues a la colectividad, idea ratificada por la publicidad que seguidamente requiere de las sentencias el propio 120.3 CE”³¹¹.

Sea en el caso de no vinculación y consecuente rechazo del dictamen, sea en el caso de admisión de sus conclusiones, el juez si bien no está vinculado al informe pericial sí que está obligado a *motivar públicamente* su sentencia. Y, en todo caso, debe consignar expresamente en su resolución los motivos por los cuales ha decidido en un sentido u otro. No basta que el juez subjetivamente considere que hay motivos para el rechazo o para la admisión del dictamen, tampoco basta que él exprese oralmente dichos motivos en el juicio o en la vista; se exige que se hagan constar en los fundamentos de la sentencia escrita (*LEC, artículo 210.3. En ningún caso se dictarán oralmente sentencias en procesos civiles*).

La motivación y publicidad de la sentencia se constituye en garantía de los ciudadanos, confiere *legitimidad*³¹² a las resoluciones judiciales y asegura que la sentencia pueda ser sometida a las instancias superiores. Conforme veremos a continuación, la jurisprudencia establece criterios que imponen limitaciones a la libertad de valoración del dictamen por el juez.

El artículo 348 LEC somete la valoración de la prueba pericial a las reglas de la sana crítica: “*El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica*”. El ordenamiento español adopta un sistema de valoración fundado en reglas no codificadas, que pone el énfasis en la racionalidad del juzgador; “es el juez el que tiene

³¹¹ Conforme la enseñanza de PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho procesal penal...*, cit., p. 370.

³¹² Según PEDRAZ PENALVA la publicidad en sentido estricto supone “una posibilidad de control social de la Justicia que presenta diferencias respecto del derecho de las partes, por cuanto para éstas la virtualidad del principio procesal-constitucional que nos ocupa radica simplemente en tomar conocimiento de actuaciones procesales sino, teleológicamente, en crear la oportunidad de realizar actos procesales para fundamentar su situación jurídica procesal (principio de contradicción)”. PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y...*, cit., p. 213.

que precisar las máximas de la experiencia utilizadas y desde las que ha llegado a su conclusión probatoria”³¹³. Por lo tanto, ya no se trata de un sistema de *libre valoración*, toda vez que la convicción del juez está limitada por la obligación constitucional de carácter absoluto de fundamentar la sentencia. “En desacuerdo con la libre convicción o apreciación, la sana crítica supone métodos, reglas de la lógica, reglas de la experiencia, e incluso reglas sociales, costumbres, etc., que permitan al juez valorar y apreciar una realidad jurídica determinada”³¹⁴. Por ello, quizá se podría afirmar que las reglas de la sana crítica corresponderían a un microsistema que podríamos denominar de *valoración motivada del dictamen*.

En este contexto es en el que la doctrina, a partir de la jurisprudencia consagrada por el Tribunal Supremo, ha propuesto criterios que imponen limitaciones a la libertad judicial en la valoración de la prueba pericial, de acuerdo con las siguientes proposiciones³¹⁵: 1ª) cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial; 2ª) cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolos, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc.; 3ª) cuando sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes; 4ª) cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios; o lleven al absurdo.

4.2 Limitaciones a la libertad judicial en la valoración del dictamen

A) El Tribunal no puede omitir su valoración en la sentencia.

Toda prueba válidamente practicada en el proceso debe ser valorada en la sentencia. Las partes no sólo tienen derecho a la producción de la prueba sino que les asiste el derecho a que dicha prueba sea considerada por el juez en el momento de dictar sentencia. De nada serviría asegurarse el derecho a la prueba si no se impusiese al órgano jurisdiccional la obligación de tenerla en cuenta para la resolución de la demanda.

³¹³ MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 613.

³¹⁴ RIVERA MORALES, R., *La prueba: un análisis racional y práctico*, Madrid, 2011, p. 249.

³¹⁵ FONT SERRA, E., *El dictamen de...*, cit., pp. 196-206.

Así sucede con el dictamen pericial el juzgador no puede omitir su valoración en la resolución. No se trata de hacer referencia a él sino de efectivamente valorarlo, admitiendo o rechazando su fuerza probatoria, considerando sus consecuencias en la sentencia. Entendemos que todo dictamen pericial practicado de acuerdo con los procedimientos previstos en la norma procesal debe ser valorado; la valoración únicamente del informe que se admite con fuerza probatoria no supliría la omisión de valoración del dictamen rechazado; ambos merecen ser valorados y la sentencia debe hacer constancia de los motivos por los cuales el juzgador operó en uno u otro sentido.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que la omisión de la valoración del dictamen en la sentencia nada tiene que ver con la infracción de actos y garantías del proceso y sí con las reglas de la sana crítica, de acuerdo con la STS 138/2010 de 8 de marzo³¹⁶.

Según nuestra opinión, mayor absurdo que una valoración absurda puede ser la omisión de valorar el dictamen válidamente practicado; con ello se veda a las partes de conocer cuál es el entendimiento del órgano juzgador sobre la prueba y les impide o dificulta sobremanera interponer recursos. La doctrina jurisprudencial indica la necesidad de que sean valoradas todas las pruebas, tanto individualmente como en su interrelación con las otras, y que, por ello, el juez deberá valorar el informe pericial, en relación con los demás dictámenes, si los hubiera, y en relación a las demás pruebas que se hayan practicado³¹⁷.

³¹⁶ **STS (Secc. 1ª) 138/2010 de 8 de marzo (Rec.: 612/2006, ponente Seijas Quintana).** (Id Cendoj 28079110012010100123). FD 4º: El cuarto motivo es la infracción del *art. 348 de la LEC*, al no hacer la sentencia valoración alguna del dictamen pericial. La infracción que se denuncia nada tiene que ver con la infracción de los actos y garantías del proceso y si con la valoración de este dictamen sujeto a las reglas de la sana crítica, reglas que no se hallan recogidas en precepto alguno ni previstas en ninguna norma valorativa de prueba lo que supone en principio, como señala la Sentencia de 29 de abril de 2005, la imposibilidad de someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional (STS 10 de junio 2009 y las que cita), salvo supuestos muy concretos que no han sido denunciados, referidos a una valoración irracional, absurda, ilógica o con error patente, ostensible o notorio.

³¹⁷ **SAP A Coruña (Secc. 4ª) 392/2006 de 27 de septiembre (Rec.: 431/2006, ponente: Seoane Spiegelberg).** (Id Cendoj 15030370042006100487). FD 7º: SÉPTIMO: (...) En definitiva, el Juez a la hora de dictar sentencia debe interpretar cada de una de las pruebas practicadas bajo su intermediación procesal, y una vez constatado el resultado de las mismas, apreciar su verosimilitud, no sólo individualmente por su fuerza de convicción, sino en su conexión con el resto de las pruebas practicadas, en clave de refrendo si todas conducen, de forma armoniosa, al mismo hecho, o en clave de confrontación si aquéllas son contradictorias entre sí, a los efectos de determinar, entonces, si las mismas se neutralizan, o, en otro caso, cuál de ellas ha de prevalecer por su mayor fuerza persuasiva, intentando buscar, en definitiva, mediante su examen particular y conjunto, un relato coherente de lo acaecido, que habrá de ser objeto de la correspondiente

Si la motivación presupone la expresa indicación de los criterios esenciales de la decisión, la valoración del informe pericial se constituiría en uno de estos criterios; pero aunque el dictamen de nada pueda contribuir a la resolución, el juez debería expresar los motivos por qué lo considera así. De otro modo, se podría estar admitiendo el uso de la arbitrariedad en las resoluciones judiciales, consistente en la selección y análisis únicamente de las pruebas que sirven para amparar la convicción del juzgador y la consecuente desconsideración de las demás pruebas practicadas.

B) El Tribunal no puede llegar a conclusión distinta del dictamen mediante omisión u alteración de datos del informe o por atribuir a él conclusiones distintas de las que realmente presenta.

Estimamos que las reglas de la sana crítica no conceden poderes al juez para desvirtuar u omitir los datos y conclusiones presentadas en el dictamen. Por bien intencionada que pueda ser el propósito del juez –por ejemplo adoptar una solución que le parezca más justa-, no se le autoriza a omitir o sustituir datos del trabajo de otro profesional o incluso conferir al informe conclusiones distintas a las que haya llegado el perito. Ello implicaría concebir al juez como un *experto superior* al profesional que emitió el informe y si eso correspondiese a la realidad no habría sido necesaria la prueba pericial.

Queremos llamar la atención sobre que el juez sí puede a través de sus propios razonamientos llegar a conclusiones diversas de las presentadas en el dictamen, incluso a partir de datos consustanciados en el propio informe³¹⁸. Lo que no se permitiría al

motivación en la sentencia (*art. 218.2*). (...) Lo afirmado tiene su sentido, dado que los dictámenes periciales de las partes han de ser valorados ya no sólo conforme a las máximas de experiencia ordinarias y especializadas aportadas al proceso, sino en relación con el resto de las pruebas practicadas, y entre ellas las fotos que permiten al Tribunal apreciar los defectos constructivos, las testificales practicadas, que por ser de los titulares de los pisos no significan que no puedan ser valoradas, las reclamaciones con reflejo documental, de las que se infieren datos relevantes para la decisión del litigio a las que iremos haciendo referencia, en esa obligada apreciación conjunta de la actividad probatoria desplegada, que, a través de este recurso, se nos somete de nuevo a nuestra consideración.

³¹⁸ **STS (Secc. 1ª) 743/2007 de 25 de junio (Rec.: 2950/2000, ponente Salas Carceller).** (Id Cendoj 28079110012007100731). FD 2º: (...) En el caso presente el "suplico" de la demanda instaba la declaración de procedencia del deslinde de propiedades, el cual habría de practicarse de conformidad con los propuesto por la parte demandante o, en su caso, según el resultado del informe pericial a practicar en período probatorio, lo cual en absoluto constriñe al juzgador en este último supuesto a sujetarse estrictamente a lo señalado por el perito -que, además, en el caso presente señaló varias alternativas- pues dentro de la libre valoración del informe pericial que la ley confiere a los tribunales, cabe la posibilidad -correctamente ejercida por la Audiencia- de señalar ella misma cuales han de ser los términos según los cuales habrá de practicarse el

juzgador es, en el momento de la valoración concreta del dictamen, omitir u alterar datos del dictamen para ello; ni tampoco poner en boca del perito conclusiones no presentadas en el informe. Así como no puede el juez proceder de esta forma, a las partes tampoco les está permitido hacerlo; el trabajo del perito debe ser valorado de acuerdo con sus elementos y contenido y no a partir de conjeturas e intereses subjetivos de las partes, conforme se ve en la STS 6/2010 de 4 febrero, que rechazó el intento del recurrente de alterar las conclusiones del perito, a partir de sus aclaraciones en juicio³¹⁹.

C) El Tribunal no puede llegar a conclusión distinta cuando se basa en dictámenes no contradictorios.

Este criterio, a nuestro modo de ver, reitera limitaciones al juez a la hora de omitir datos fácticos o conceptos apreciativos que figuren en los dictámenes, de modo que le conduzca a conclusiones distintas de las realmente presentadas³²⁰.

Destaca en la hipótesis reseñada que no trata sencillamente de prohibir al juez llegar a conclusión diversa de los informes no contradictorios obrantes en autos. Consideramos

deslinde en ejecución de sentencia sin que ello suponga incongruencia alguna "extra petita" ya que tal pronunciamiento queda dentro de los márgenes de lo solicitado por la parte actora y en absoluto incurre en el defecto de resolver sobre lo no pedido. En consecuencia el motivo ha de ser rechazado.

³¹⁹ **STS (Secc. 1ª) 6/2010 de 4 de febrero (Rec.: 147/2006, ponente Xiol Ríos).** (Id Cendoj 28079110012010100080). FD 3º: (...) a) Un examen de los autos de primera instancia revela que la perito economista no rectificó (como la parte recurrente supone) su criterio sobre la aplicación del tope del 40% de los derechos arancelarios por cada instrumento en la operación de fijar las aportaciones que correspondían a la Mutualidad por parte del notario demandado, sino que, respondiendo a las aclaraciones solicitadas, se limitó a manifestar que no había tenido en cuenta la Instrucción en la que se exige la presentación de las minutas para la aplicación del citado tope y que, ignorando si se habían presentado aquellas, se había atenido a la legislación vigente (aplicando, según se entiende, el tope discutido). b) La sentencia recurrida, al igual que la sentencia de primera instancia, considera que la Mutualidad Notarial no está legitimada para reclamar el porcentaje del 10% sobre determinadas cantidades obtenidas de los mutualistas que debe abonar a los colegios notariales en concepto de gastos de administración. El informe pericial refleja que la perito consignó las cantidades que a su juicio pertenecían a la Mutualidad Notarial, dejando implícitamente a la Sala la labor de realizar la calificación sobre la legitimación procesal para reclamar las cantidades que expresamente deducía por este concepto. Por consiguiente, la conclusión de falta de legitimación para reclamar las cantidades correspondientes al Colegio Notarial por parte de la sentencia recurrida no deriva de la valoración del dictamen pericial, sino de la aplicación de un criterio que la Sala justifica con argumentos jurídicos, afirmando que tiene «presente el artículo 4 de la OM de 23 de abril de 1971 y el artículo 4 apartado 2.º del Estatuto de la Mutualidad actora, en base a los cuales es preciso detraer, por ser ello procedente, de los globales importes [...] las sumas cuya percepción no corresponde a la Mutualidad actora sino al Colegio Notarial [...] y a Mutualidad de empleados de Notarías [...] y también al mismo Colegio Notarial [...]».

³²⁰ FONT SERRA, E., *El dictamen de...*, cit., p. 199.

que el juez sí que puede hacerlo si utiliza otros elementos fácticos acreditados en el proceso y no considerados por los peritos. Lo que no se permitiría por la proposición en estudio es que el tribunal concluya de forma diversa sobre el objeto de la prueba pericial mediante la omisión de datos fácticos que figuren en los dictámenes y en los autos.

D) El Tribunal no puede expresar razonamientos en torno al dictamen que atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios; o lleven al absurdo.

Como se ha señalado, la sana crítica es un sistema eminentemente racional, lógico de valoración de la prueba. Por consiguiente, toda la argumentación del tribunal respecto al dictamen debe atender a los criterios de la lógica y de la razón humana. Si se atenta contra estos criterios se puede actuar con arbitrio o se pueden presentar como incoherentes, contradictorias o absurdas³²¹ las consideraciones expuestas en la sentencia con relación al informe pericial. Subrayo que estos conceptos –incoherencia, contradicción, absurdo- tienen significados muy próximos, pero que pueden tener matices diferentes en los supuestos concretos. Lo que debe quedar claro es la idea de no corresponder a criterios de racionalidad, que son sustituidos por la mera expresión de la voluntad del juez.

Un supuesto de atentado a la racionalidad en la valoración de la prueba suele suceder por el uso de la intuición³²² en las decisiones judiciales. Ello debería ser evitado porque puede conducir a muchos errores, toda vez que correspondería a una creación subjetiva del juez ante la insuficiencia probatoria y “de manera inconsciente imagina el acaecimiento de hechos que en realidad no sucedieron, o de indicios inconsistentes extrae hechos presuntos que es muy posible que no hayan sucedido en realidad. Pero, hayan sucedido o no, el problema es que no están refrendados por ningún tipo de prueba

³²¹ Conforme SENTIS MELENDO en el absurdo se incurre cuando “el juez se separa de las conclusiones del peritaje y omite fundar su opinión contraria o lo hace de modo absurdo o arbitrario”. SENTIS MELENDO, S., *La prueba: los grandes temas del Derecho probatorio*, Buenos Aires, 1979, p. 284.

³²² La intuición tanto en su significado coloquial de “presentimiento” como en el sentido filosófico de “percepción íntima e instantánea de una idea o una verdad que aparece como evidente a quien la tiene”. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/>. Fecha de consulta: 20.5.2010.

en absoluto»³²³.

Un ejemplo de desarrollo argumental contradictorio se puede ver en la STS 58/2010 de 19 de febrero³²⁴, que reconoció ser errónea, ilógica e incoherente la resolución judicial que, por un lado, reconoce la eficacia probatoria al dictamen emitido por el perito de la demandada/recurrente –que indicaba la inocuidad de los campos electromagnéticos para la salud y la irrelevancia estadística de los procesos oncológicos-, pero que, por otro, aplicó el principio de precaución para estimar parcialmente la demanda y determinar la retirada del transformador en los bajos del edificio de los demandantes/recurridos.

³²³ Son palabras de NIEVA FENOLL, J., *La valoración de...*, cit. p. 207.

³²⁴ **STS (Secc. 1ª) 58/2010 de 19 de febrero (Rec.: 1871/2005, ponente Seijas Quintana).** (Id Cendoj 28079110012010100068). FD 3º: (...) Las precedentes consideraciones ponen de manifiesto la evidente contradicción que preside el desarrollo argumental de la sentencia desde el momento en que admite que el límite de 100 microteslas resulta, en principio, y con carácter general, la medida adecuada para prevenir efectos perjudiciales a la salud y, sin embargo, reconoce, luego, que este límite no es una garantía total de seguridad; contradicción que se produce en unos términos que permiten afirmar que la valoración de los datos de prueba realizada por el Tribunal de apelación carece de la necesaria coherencia formal y jurídica y que las conclusiones alcanzadas no solo son erróneas, sino inseguras e ilógicas a la hora de ofrecer una respuesta que no hace sino poner en evidencia y riesgo cualquier innovación o avance científico o técnico por simples sospechas no contrastadas científicamente por quienes están en condiciones de hacerlo. (...) Y es evidente que el estado actual de la ciencia descarta que haya efectos adversos para la salud, con exposiciones inferiores a 100 microteslas, sin que ello impida una revisión futura de los límites de exposición fijados por la Recomendación de 1999 y la posible identificación de los eventuales efectos negativos que pudiera provocar, no demostrados científicamente en estos momentos, más allá de lo expuesto. Pero es que, además, la sentencia tergiversa los informes periciales para ofrecer una solución distinta de la que resultaría de una valoración lógica y coherente sobre los procesos oncológicos detectados en alguno de los ocupantes de las viviendas. Y es que tampoco se puede sostener que los datos de enfermedades en el edificio se consideran un resultado estadísticamente significativo y, que, aunque sin la certeza necesaria, este dato estadístico puede suponer al menos un indicio razonable y significativo de que el nivel de exposición que tienen los actores en sus viviendas es un posible un factor de riesgo de padecer la enfermedad de cáncer, cuando el informe que valora, emitido por la Sección de Epidemiología del Centro de Salud Pública de Castellón, pone de manifiesto que se trata de procesos cancerosos de diferente tipo de tumores, con sus periodos de latencia, causas y factores de riesgo correspondientes y no bien conocidos; que en tan pequeño grupo de personas las técnicas estadísticas se ven muy limitadas y que deben interpretarse con extrema cautela. Sin duda, la protección de la salud pública debe prevalecer de forma incontestable sobre otras consideraciones económicas económico y social por más que supongan innovaciones decisivas para procurar su desarrollo y ello exige, como recoge la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, que sea absolutamente necesaria la protección de los Ciudadanos contra los efectos nocivos para la salud que se sabe puedan resultar de la exposición a cambios electromagnéticos. Ahora bien, ni desde la perspectiva de la existencia de un riesgo confirmado por la evidencia científica, que haga evidente no solo la aplicación del principio de precaución, sino la adopción inmediata de las medidas necesarias para el control del riesgo, ni desde un enfoque simplemente preventivo del riesgo, las pruebas que han sido practicadas y valoradas en las presentes actuaciones no han identificado y evaluado riesgos para la salud distintos de los que hasta la fecha resultan de la información científica y técnica más significativa al regular las condiciones bajo las cuales es admisible la exposición de las personas a campos electromagnéticos y determinan la adopción de las medidas que la prudencia aconseja.

5 RELEVANCIA DE LAS CONCLUSIONES DEL DICTAMEN

Otro canon consagrado por la doctrina procesal española para la valoración del dictamen pericial se refiere a sus conclusiones. El criterio se concreta en los siguientes términos: “Deberá, también, tener en cuenta el tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten, tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes, como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes”³²⁵.

Por ello, por un lado se establece mayor fuerza probatoria a las conclusiones conformes y mayoritarias de distintos dictámenes, y, por otro, se afirma la necesidad de una superior en la motivación a la sentencia que contraríe las conclusiones mayoritarias de los informes. Pero, a efectos de tener una visión más amplia de la importancia de las conclusiones de los dictámenes, consideramos necesario citar dos sentencias anotadas como representativas del criterio en análisis³²⁶.

La primera es la Sentencia del Tribunal Supremo 902/1989 de 4 de diciembre, que rechaza un supuesto error en la valoración de la prueba pericial realizada por el tribunal de instancia. La sentencia recurrida se basaba en las conclusiones conformes a tres informes técnicos distintas de las presentadas por el dictamen que el recurrente pretendía hacer prevalecer. La resolución del Tribunal Supremo sostiene que la conclusión a que llegó la sentencia recurrida no contrarió ni vulneró criterios de la lógica.

“STS (Secc. 1ª) 902/1989 de 4 de diciembre (Ponente Morales Morales). (Id Cendoj 28079110011989100896).

FD 4º: Por el mismo cauce procesal que los dos anteriores, los recurrentes articulan el tercero de sus motivos, por el que diciendo denunciar infracción «del art. 1.243 del Código Civil en relación con el 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil », tachan a la sentencia de apelación de haber incidido en error en la valoración de la prueba pericial, concretamente del dictamen emitido por el Arquitecto don Pedro de Ispizúa y Uribarri. El expresado motivo ha de fenecer, por las consideraciones siguientes: 1.º Porque es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad nos excusa de una cita pormenorizada, la de que los arts. 1.243 del Código Civil y 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contienen ninguna norma valorativa de la prueba pericial, sino que dejan la valoración de dicha prueba a la prudente apreciación del Juzgador de la instancia, según las reglas de la sana crítica, quedando, por ello y en principio,

³²⁵ FONT SERRA, E., *El dictamen de...*, cit., p. 193.

³²⁶ *Ibid.*, pp. 193-194.

la misma sustraída a la censura y el control de la casación, salvo que la conclusión alcanzada por el Órgano jurisdiccional fuera contraria a una patente evidencia o a la más elemental lógica, supuestos que aquí no se dan. 2.º Porque en el proceso del que este recurso dimana, además del dictamen del Arquitecto señor Ispizúa y Uribarri, existen otros informes técnicos (el de los Arquitectos señores Sabas. Ocio y Arrillaga, el de la entidad «Cinsa, Centro de Investigación de la Construcción. S. A.» y el de los Técnicos Arquitectos del Ayuntamiento de Bilbao), que contienen conclusiones distintas de las alcanzadas por el señor Ispizúa Uribarri, por lo que no es posible, como parecen pretender los recurrentes, hacer prevalecer el informe de este último sobre los de aquéllos, ya que todos ellos han sido valorados por la Sala de apelación en su conjunto y según las reglas de la sana crítica, y sin que tampoco quepa realizar ahora una nueva valoración de la prueba practicada, como los recurrentes hacen en el desarrollo del motivo, ya que la casación no es una tercera instancia.”

La segunda jurisprudencia citada como ejemplar del criterio en análisis es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 6/1999 de 14 de enero, que reconoce que el juez puede llegar a conclusiones diversas de las que hayan llegado los peritos, pero queda obligado a explicar los motivos del rechazo, especialmente cuando existen varios dictámenes con conclusiones contradictorias y, sobretodo, cuando decide admitir la conclusión minoritaria. La citada sentencia considera que la fuerza probatoria del dictamen reside esencialmente en sus afirmaciones o conclusiones dotadas de una superior explicación racional, no obstante pueda contrariar las conclusiones de la mayoría coincidente.

“SAP Córdoba (Secc. 2ª) 6/1999 de 14 de enero (Rec.: 283/1998, ponente: Berdugo Gómez de la Torre). (Id Cendoj 14021370021999100248). FD 3º: (...) Como segunda reflexión del *art. 623 de la LEC*, se deduce claramente que la prueba de peritos debe ser valorada libremente por el Juzgador (s 28- 11-92), siendo de su libre apreciación, pudiendo afirmarse que los peritos no suministran al Juez su decisión sino que le ilustran sobre las circunstancias del caso y le dan su parecer, pero éste puede llegar a conclusiones diversas a las que han obtenido los peritos, si bien, tendrá que explicar las razones por las que no acepta los argumentos especializados aportados por el perito y por qué estima incoherente e ilógicas las explicaciones dadas por el perito en su dictamen, siendo evidente que el juez no puede incurrir en la arbitrariedad, por lo que debe motivar su decisión cuando ésta resulte contraria al dictamen pericial, máxime, cuando se decida por una de las alternativas de las varias que haya - sobre todo si es la minoritaria - y cuando se decida por uno de los dictámenes contradictorios, optando por el que le resulte más conveniente y objetivo, quedando en cambio dispensado de justificar su rechazo cuando el dictamen tampoco de razones del resultado al que llegue. Siendo interesante en este extremo de la eficacia probatoria de la prueba pericial la doctrina que sienta la s. T.S. de 11-5-85, al indicar que "la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones, ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de esencia, debiendo tener por tanto como prevalentes en principio aquellas afirmaciones o conclusiones que -vengan dotadas de una superior explicación racional, sin olvidar otros criterios auxiliares con el de la mayoría coincidente o el del alejamiento al interés de las partes”.

Las conclusiones del dictamen deben ser el resultado de la adecuada identificación y uso de los datos disponibles, la correcta aplicación de los medios técnicos o científicos correspondientes y la formulación de razonamientos lógicos. Una vez valorados esos antecedentes, el juez debe considerar cada una de las conclusiones presentadas por el perito. Si se verifica algún desconcierto en una de las etapas –sea la omisión de un dato relevante, sea con relación a la falta de precisión en una de las operaciones periciales o mismo en falta de coherencia en los razonamientos-, muy probablemente las conclusiones estarán desvirtuadas y tendrán menor poder de convicción. Pero, si todas las etapas del proceso para la emisión del informe estuvieren bien desarrolladas y adecuadamente valoradas por el juez, la tendencia es que las conclusiones puedan presentar mayor fuerza probatoria.

Sin embargo, “si la opinión del perito no haya sido correctamente investigada porque él considera que los datos disponibles no son suficientes, él debe aclarar esto en el dictamen e indicar que las conclusiones presentadas no son más que provisionales”³²⁷. En el caso, consideramos que si, por un lado, el dictamen pueda tener su fuerza probatoria disminuida, por otro, pueda incrementar la credibilidad de las conclusiones, teniendo en cuenta el mérito que se pueda atribuir a la ética inherente a dicho reconocimiento.

En definitiva, se podría afirmar que la fuerza probatoria del informe no se conformaría únicamente con la observancia del procedimiento legal, con el cumplimiento de las formalidades para su emisión (datos, método, operaciones periciales, etc.), y con la coherencia lógica de los razonamientos expresados, exige también y principalmente la valoración de sus conclusiones consideradas individualmente, con relación a las conclusiones de los demás dictámenes y en el contexto de las demás pruebas practicadas.

Conforme se estudia a continuación, consideramos que el análisis del tema relativo a las conclusiones de los informes –en cuanto criterio de valoración de la prueba pericial-, requiere la consideración de dos aspectos:

- 1º) la concurrencia de dictámenes: peritaje objetivo y peritaje de opinión, criterio mayoritario, solidez de las conclusiones, carácter

³²⁷ KEANE, A., GRIFFITHS, J., MCKEOWN, P., *The Modern Law...*, cit., p. 539.

conclusivo del informe; combinación de elementos de distintos informes.

2º) la colisión de los dictámenes con los medios de prueba: interrogatorio de las partes, prueba documental, declaraciones de testigos y resultado del reconocimiento judicial.

5.1 Concurrencia de dictámenes

A) Peritaje objetivo y peritaje de opinión.

Podemos referir que conforme a la clase del dictamen pericial se pueden verificar o no discrepancias en las conclusiones de distintos informes³²⁸. Si la actividad pericial es esencialmente verificadora de hechos y su objeto depende de la utilización de un método científico que cuenta con la unanimidad de la comunidad científica, la concurrencia de dictámenes no resultaría en conclusiones diferentes con excepción de que no sean aplicados los procedimientos estándares del método. De otro modo, si el objeto pericial involucra la opinión personal del perito sobre el hecho o alguna circunstancia del mismo, aunque se utilice el mismo método científico, los dictámenes podrán resultar en conclusiones contradictorias.

El ejemplo clásico de peritaje científico objetivo -que en principio no dejaría márgenes para resultados contradictorios-, es el examen de ADN reconocido por su elevado grado de precisión. En estos supuestos la jurisprudencia llega a sostener la inaplicabilidad del sistema de la sana crítica, de acuerdo con la SAP La Rioja 54/2010 de 22 de febrero³²⁹.

³²⁸ ABEL LLUCH y PICÓ JUNOY enseñan que “en el peritaje objetivo no caben dictámenes contradictorios, pues, por seguir con el ejemplo, el ADN de una persona es el que es y no caben dos opiniones; a diferencia de lo que sucede con el peritaje de opinión, más frecuente en la práctica forense, y en el que caben dictámenes contradictorios”. ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 143.

³²⁹ **SAP La Rioja (Secc. 1ª) 54/2010 de 22 de febrero (Rec.: 523/2008, ponente: Santisteban Ruiz).** (Id Cendoj 26089370012010100103). FD 2º: (...) Por lo que respecta a las periciales y su valoración, conforme a lo dispuesto en el artículo 348 del la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, debe indicarse que el criterio de la libre valoración es recogido en la doctrina jurisprudencial, así, entre otras SSTS 28 noviembre de 1992, 24 octubre 2001, 22 abril 2005 y 7 julio 2006, si bien esta libre valoración conforme a las reglas de la sana crítica, tiene determinadas limitaciones, pues en aquellos supuestos en los que el peritaje se ha dado sobre una determinada cuestión técnica o científica, como puede ser un supuesto de investigación del ADN de una persona, este criterio no resulta susceptible de aplicación, por tratarse de un peritaje que puede denominarse científico Y objetivo, supuesto distinto al peritaje de opinión, al que sí le es aplicable el criterio legalmente establecido en los mencionados preceptos, aunque tampoco de manera indiscriminada, por cuanto que por el Juzgador se habrá de motivar su conclusión respecto de la valoración del dictamen pericial.

En nuestra opinión, una vez verificada judicialmente la idoneidad del método científico y la correcta aplicación de sus procedimientos estándares, el espacio del poder discrecional del juez se reduciría a índices irrisorios, pudiéndose hablar en una *legitimación científicista* de la resolución judicial basada en un dictamen de esa naturaleza.

Por ello es que la doctrina indica la necesidad de la inclusión de nuevos paradigmas para la valoración de la prueba pericial científica, en que se permite cuestionar la fiabilidad de las conclusiones presentadas por la prueba pericial científica, entre otras posibilidades:

- 1) sea en virtud del supuesto incumplimiento de los estándares establecidos para el método³³⁰;
- 2) sea en cuanto a su ineficacia a partir de los datos utilizados para su producción³³¹.

Si en el peritaje objetivo es más fácil contrastar métodos o datos utilizados en distintos informes que lleguen a conclusiones contrarias -y, en consecuencia, puede el juez evaluar mejor eventuales errores y aciertos de los dictámenes-, en el peritaje de opinión

³³⁰ Conforme se observa en la Sentencia 584/2009 de 23 de noviembre de la Audiencia Provincial de Gran Canaria (citada en el capítulo que trata de *la metodología del dictamen*), en que se concluye en la irrelevancia en las conclusiones en virtud del uso de un kit de 8 marcadores en la pericia en lugar de 15 marcadores.

³³¹ **SAP Pontevedra (Secc. 1ª) 105/2010 de 26 de septiembre (Rec.: 794/2009, ponente: Rodríguez González).** (Id Cendoj 36038370012010100133). FD 3º: (...) Lo que cuestionan los apelantes es el valor que debe darse a la prueba de ADN practicada no en los restos cadavéricos de D. Miguel, sino a través de los hermanos de este (presuntos tíos de Dª Estela (y que tuvo en número de diez, por lo que respecta a los varones: Marcos, Anselmo, Domingo (estos tres partes en el pleito); Segundo (fallecido años antes del nacimiento de la actora); Justo (fallecido en 1959) y Salvador (fallecido en 1969). El estudio de paternidad se ha llevado a cabo por profesionales y organismos objetivos, imparciales y competentes, con singular reconocimiento precisamente en esta materia, no sólo en el ámbito de la CCAA de Galicia sino nacional e internacionalmente: por el Instituto de Medicina Legal de Santiago de Compostela que previamente consultados al efecto por el Juzgado contestan en oficio al f. 102 de 16 de febrero de 2006 contestan que: "le informo que se puede realizar el análisis a través de polimorfismos de ADN para establecer el parientes con entre Dª Estela y D. Anselmo, Domingo o Marcos, hermanos del presunto padre fallecido de Dª Estela. El grado de fiabilidad de la prueba es muy alto. Lo que varía es la probabilidad obtenida para establecer dicho parentesco que sólo se conocerá tras la realización del análisis". Así pues, la determinación de la paternidad de D. Miguel respecto de Dª Estela a través de sus hermanos en una prueba de ADN arrojará unos resultados totalmente fiables. El resultado de la prueba que obra al folio 141 y ss. de los autos revela que: Dª Estela sea hija de un hermano biológico de D. Domingo, D. Marcos, y D. Anselmo arroja una razón de verosimilitud del 2,55x10 lo que en términos de probabilidad significa el 99,99999999%, esto es, prácticamente probada. Ningún reproche cabe hacer a este, más allá de que a la recurrente no favorezca su resultado.

se verifican con más frecuencia conclusiones discrepantes, con independencia de que los peritos utilicen el mismo método en la pericia.

Y cuando los dictámenes de opinión se basen en datos y métodos distintos ineludiblemente proporcionarán conclusiones diferentes, conforme se observa en la SAP Valencia 526/2007 de 26 de septiembre³³², que desestimó el recurso del demandante y mantuvo la decisión que se fundó en tres aspectos: a) la mayor fiabilidad del dictamen emitido por el perito de designación judicial; b) que el autor del informe, para la determinación del lucro cesante, pudo escoger diferentes criterios o metodologías; c) que el perito de la demandante, en su actuación judicial, no desvirtuó el dictamen admitido en la sentencia.

Por consiguiente, se puede afirmar que se torna más ardua la tarea del juez de valorar distintos *dictámenes de opinión* de conclusiones discrepantes. Y si sostenemos la exhaustiva valoración del dictamen pericial en la sentencia -aunque sólo obre un informe en autos-, consideramos que todavía hay más razón para que el juez exteriorice

³³² **SAP Valencia (Secc. 8ª) 526/2007 de 26 de septiembre (Rec.: 518/2007, ponente: Brines Tarraso).** (Id Cendoj 46250370082007100388). FD 2º: (...)Debe añadirse por último a cuanto se ha expuesto, que siendo criterio unánime de los Tribunales el hecho de que ofrece mayor fiabilidad por su imparcialidad la pericial judicial frente a la de parte, no existe base ninguna en la Ley de Enjuiciamiento Civil que permita afirmar que presentado un informe pericial con la demanda como es el caso, quede excluido el derecho del propio actor a proponer y practicar prueba pericial judicial que corrobore las conclusiones de aquella primera, como debiera haber hecho el ahora recurrente si pretendía revestir sus argumentos de mayor fuerza probatoria, oportunidad que sin embargo no ha apreciado, limitando de este modo considerablemente la solidez de la misma. El motivo de impugnación ha de ser por tanto desestimado. (...) Es importante destacar a los efectos que ahora nos interesan como D. Lázaro (58,36) perito de la demandante, no desvirtuó con su comparecencia la validez de cuanto hasta ahora se ha afirmado, pues según declaro durante su interrogatorio, se puede emitir informe como se ha hecho, utilizando otras alternativas a la inexistente contabilidad de la empresa (...). Y concluyo por tanto en el sentido de que nadie puede decir que la técnica que está utilizando el otro no es buena (51,12). De todo cuanto se ha expuesto deduce este Tribunal que las opiniones expuestas por el Sr. Lázaro en su informe no son indiscutibles y por tanto ni acreditan la impericia del Sr. José Carlos en la emisión de su dictamen ni por tanto pueden sustentar un pronunciamiento favorable a la pretensión de la actora, y ello por cuanto, la conclusión fundamental que de cuanto se ha dicho puede extraerse es que la estimación del lucro cesante constituye un pronóstico, una estimación, obtenida partiendo de una base cierta en la medida de lo posible, pero sobre la que influirán otras variables inciertas o hipotéticas y conforme a variedad de métodos de entre los cuales el autor del informe puede escoger aquel que según su criterio resulta más adecuado al caso, siendo por tanto esta tarea en mayor o menor medida, de carácter subjetivo, y en consecuencia de resultados variables, sin que por tanto, a menos que quede acreditado el dolo o la negligencia inexcusable de su autor, pueda un resultado descalificar a otro, (máxime cuando el que se ha puesto en duda se adecua a las bases establecidas por el tribunal), circunstancia que desde luego en el presente caso no acaece, prueba de lo cual es que en el propio acto del juicio se puso de manifiesto un error aritmético en el informe del Sr. Lázaro, visto lo cual, y por los argumentos expuestos, procede resolver conforme se dirá en la parte dispositiva de la presente Sentencia.

de forma detallada e individualizada los motivos por los cuales admite a uno y rechaza a otro u otros dictámenes, en las hipótesis en que obren más de un dictamen y con conclusiones diferentes. Creemos que la valoración realizada en estos términos podría contribuir a la disminución de errores en dicha actividad y permitiría la mejor comprensión de la sentencia, incluso a efectos de la interposición de recursos. Además, la valoración motivada de la prueba pericial así realizada podría resultar más clara y objetiva.

Entendemos que ni la valoración de un único informe ni la valoración de dictámenes discrepantes requiere del juez conocimientos específicos respecto al objeto, método o técnica de la ciencia o arte aplicada por el perito. Se trata de establecer un método judicial para la valoración de los dictámenes y no exigir al juez que domine o utilice los mismos criterios científicos utilizados por los peritos³³³. Consideramos, por tanto, que lo que sí se requiere del juez es la aplicación de una metodología propia de valoración que le permita identificar y confrontar las diferencias existentes para la admisión de uno y el rechazo de otro u otros informes.

Ante las dificultades generadas para la valoración judicial de dictámenes discrepantes y con la finalidad de asegurar mayor seguridad jurídica es que el Tribunal Supremo, en estos supuestos, viene a establecer una prioridad³³⁴: 1º) se acogen las conclusiones coincidentes de la mayoría de los peritos; 2º) o se sigue el criterio de la mayor categoría profesional o grado de titulación del perito; 3º) atender con preferencia a la fuerza convincente de los informes (completo, congruente y fundamentado).

A continuación se estudian estos elementos, incluyendo la hipótesis en que el juez combine elementos de distintos informes en su sentencia y excluyendo el tema relativo a la mayor categoría profesional o grado de titulación del perito, porque ya ha sido analizado en el capítulo primero. Teniendo en cuenta el objeto de estudio del presente capítulo, destacamos que, en cuanto a la fuerza convincente de los informes, se dará

³³³ NIEVA FENOLL, considera que “si resulta imposible motivar científicamente la sentencia con razonamientos propios del juez, lo único que es posible hacer es seguir uno de los dos dictámenes”. NIEVA FENOLL, J., *La valoración de...*, cit., p. 300.

³³⁴ **SAP Barcelona (Secc. 13ª) 126/2010 de 1 de marzo (Rec.: 1000/2008, ponente: Gomis Masque)**. (Id Cendoj 08019370132010100125). FD 2º: (...) El TS viene incluso a establecer una prioridad, en caso de dictámenes periciales discrepantes: (1) se acogen las conclusiones coincidentes de la mayoría de los peritos. (2) O se sigue el criterio de la mayor categoría profesional o grado de titulación del perito. (3) con frecuencia, atender con preferencia a la fuerza convincente de los informes (complitud, congruencia y fundamentación).

especial atención a la que resulta de sus conclusiones.

B) Criterio mayoritario o pluralidad coincidente.

Los dictámenes contradictorios suelen generar dudas al juzgador en el momento de valorar la prueba pericial, especialmente si a través del análisis detallado e individualizado de cada uno de los informes no se llega a identificar un parámetro o parámetros diferenciadores que permitan la admisión de uno y el rechazo de otro. En estos supuestos, la jurisprudencia recomienda la utilización del criterio mayoritario o de pluralidad coincidente, consistente en el hecho de que el juez pueda conferir mayor fuerza probatoria a los dictámenes que presenten conclusiones coincidentes y rechazar las conclusiones del informe minoritario.

La opción del juzgador por las conclusiones mayoritarias de los dictámenes puede justificarse por sí sola. Nos proporciona un ejemplo en este sentido la SAP Valencia 40/2010 de 26 de enero³³⁵, que reconoció su concurrencia entre tres diferentes informes, aunque uno de ellos no afirmase categóricamente el hecho en análisis. Asimismo, la validez de la aplicación de dicho criterio puede ser reforzado cuando se verifique alguna circunstancia específica que comprometa las conclusiones del informe rechazado, conforme se observa:

1) en la SAP A Coruña 188/2006 de 24 de abril³³⁶, que se basó en dos

³³⁵ **SAP Valencia (Secc. 6ª) 40/2010 de 26 de enero (Rec.: 714/2009, ponente: Ortega Llorca).** (Id Cendoj 46250370062010100040). FD 2º: (...) El recurso sostiene que tal defecto, recogido en el apartado general del informe pericial acompañado a la demanda folios 70 y 96), y valorado en 150.-# más el 16% IVA, debe estimarse porque el perito de la actora acredita dicho defecto en su informe; también el Perito Judicial, Don Ángel Daniel acredita la existencia de dicho defecto en su informe, punto 5 del apartado General de la viv. 1 planta 1; y el Perito judicial Sr. Armando manifiesta en la página 11 de su informe que reconoce que existe, y aunque dice que es hilar muy fino, dice que produce un efecto visual por un defecto de acabado por mala praxis constructiva. Por ello, en atención al criterio mayoritario de los peritos, debe de estimarse la indemnización pedida por este defecto, debiendo condenar al Promotor al constructor y al técnico Sr. Benito. El motivo debe prosperar respecto de la promotora y la constructora a la vista de la fotografía 10 del informe pericial acompañado a la demanda (folio 96), donde se aprecia la notable separación entre el rodapié y el tapajuntas. Sin embargo, no podemos responsabilizar al arquitecto demandado, pues se trata de un defecto de acabado por mala praxis constructiva.

³³⁶ **SAP A Coruña (Secc. 4ª) 188/2006 de 24 de abril (Rec.: 166/2006, ponente: Seoane Spiegelberg).** (Id Cendoj 15030370042006100254). FD 5º: (...) Pues bien, a tales, efectos, se practicaron diversas pruebas periciales. Una de ellas por D. Imanol del Colegio de Decoradores de Aragón, reproducida en el acto del juicio, y que se ratificó en los defectos señalados en sus informes. Otro de Don Luis Manuel, que no acudió en juicio, que igualmente constata la existencia de deficiencias en los trabajos llevados a efecto por la actora. Y, por último, en igual sentido, se expresa la perito judicial Dª Isabel (f 653 a 933). Es cierto que discrepa de tales

dictámenes coincidentes -considerados más completos y fundados-, y rechazó un tercer informe, emitido escuetamente en una hoja y equiparado en dicha resolución a meras impresiones visuales de su autor; 2) y en la SAP Palma de Mallorca 376/2009 de 14 de octubre³³⁷, que se basó en las conclusiones coincidentes de dos dictámenes y rechazó el informe minoritario, que anteriormente también contenía conclusiones coincidentes pero, en el curso de la demanda, fue rectificado por su autor.

También hay que destacar sobre el tema que no se puede confundir discrepancias entre dictámenes con error en su interpretación. Para ello se debe identificar claramente el contenido de las conclusiones de los informes³³⁸ y su mayor aproximación a la realidad

deficiencias el perito designado por la demandante D. Juan Miguel, que se limita a señalar, en su escueto dictamen de una hoja (f 112), que "he podido comprobar que el mobiliario de las tiendas se encuentra en buen estado de conservación sirviendo fielmente para la finalidad para la que han sido instaladas, si bien debo informar, que dada la afluencia de público que he podido advertir en alguna de las tiendas, existe alguna partida muy concreta, descolocada o descuidada, imputable, en todo caso, a la intensa utilización de las mismas, daños de escasa importancia y muy fácil reparación". Pues bien, ante tales discrepancias, debemos considerar más sólida la pericial aportada por la demandada, refrendada por la perito designada por el Juzgado, carente de cualquier vinculación con las partes, y dado además el carácter completo y más fundado de éstos dictámenes, frente a lo que simplemente parece tratarse de unas meras impresiones visuales, y en consideración igualmente al principio de la pluralidad coincidente, en tanto en cuanto el informe del Sr. Juan Miguel queda en una manifiesta soledad, frente a los otros que evidencian deficiencias notorias de terminación y ejecución.

337

SAP Palma de Mallorca (Secc. 3ª) 376/2009 de 14 de octubre (Rec.: 386/2009, ponente: Rosello Llaneras). (Id Cendoj 07040370032009100355). FD 2º: (...) Pues bien, en el caso resulta que el perito de la de la aseguradora demandante, Sr. Ildefonso, que visitó el local transcurridos tres meses de la fecha del siniestro, emitió un informe inicial en el que valoraba los muestrarios en 40 euros unidad, menos el 75% de depreciación, fijando su total valor en la cantidad de 900 euros, sin embargo, en su informe final de fecha 18 de abril de 2005, rectifica dicha valoración, pese afirmar nuevamente que dada la naturaleza de los muestrarios es de aplicación la depreciación de los mismos, y mantiene su valor a razón de 40 euros unidad por un importe total de 3.600 euros sin depreciación por entender, sin justificar, que en el precio unitario de 40 euros se incluye ya la depreciación. Por su parte, el perito de la coaseguradora del local, LEPANTO, Sr. Ricardo, que giró visita al local en la fecha del siniestro, coincide con el de la demandante en el valor total de los muestrarios de 3.600 euros (90x40 euros), pero le aplica el 75% de depreciación, fijando la indemnización por dicho concepto en 900 euros; en tanto que el perito de la demandada Sr. Luis Carlos, ahora recurrente MAPFRE, en su informe emitido cuatro días después del siniestro, coincide plenamente con el anterior al fijar la indemnización por los muestrarios en la indicada cantidad de 900 euros. De donde se sigue que si los coincidentes informes periciales emitidos tras las puntuales visitas del local siniestrado coinciden en aplicar al valor de los muestrarios una depreciación del 75%, sobre la que inicialmente mostró su conformidad el de la actora, razonable resulta mantener el criterio mayoritario dado que el cambio de criterio emitido en su informe final por el perito Sr. Ildefonso carece justificación que lo ampare y deviene ilógico dado el valor efímero que por su propia naturaleza tienen los muestrarios. Se estima el motivo.

338

RIVERA MORALES asevera que "es axiomático que el juzgador no penetra a apreciar la materia especializada objeto del examen pericial, sino al dictamen y conclusiones mismas, valuará la lógica de sus inferencias, examinará la estructura lógica de su razonamiento en el

de los hechos. No se puede considerar como contradictorias conclusiones respecto a diferentes aspectos del mismo objeto material de la pericia. Puede ser que la parte no tomando esto en cuenta –por descuido o para inducir al juzgador a error-, considere como pertinente para su pretensión una conclusión del dictamen que no sea determinante para la resolución del litigio. Es lo que sucede en la SAP Asturias 8/2010 de 21 de enero³³⁹, en la que la parte quiere que síntomas de ansiedad verificados en un informe alteren la resolución que reconoció la integridad de las facultades intelectivas y volitivas acreditadas por el otro dictamen.

C) Dictamen conclusivo.

Concurriendo diversos informes en autos con diferentes conclusiones, el juez puede admitir el dictamen que presente mayor poder de convicción en virtud de su integridad, congruencia y fundamentación. Suele ocurrir que uno o algunos de los informes contorneen el objeto de la prueba pericial pero no conteste de modo categórico su principal cuestionamiento. Por un motivo u otro –que puede ser de naturaleza metodológica o por la superposición de intereses ajenos a la pericia-, el profesional omite clarificar el hecho averiguado desde el punto de vista de aquello que sería la esencia de la prueba. Entendemos que en estos supuestos el juez estaría autorizado a adoptar el dictamen o los dictámenes que tengan naturaleza más concluyente.

Como ejemplo de la prevalencia de dictamen conclusivo se puede citar la SAP

sentido de precisar las premisas de las cuales parte, ver la racionalidad del examen efectuado, los métodos y procedimientos utilizados, la confiabilidad de los instrumentos empleados –por ejemplo, calibración, validez, etc.-, resultados obtenidos, su conexión con la ciencia socialmente aceptada, la coherencia y fundamentación de sus conclusiones”. RIVERA MORALES, R., *La prueba: un...*, cit., p. 275.

339

SAP Asturias (Secc. 7ª) 8/2010 de 21 de enero (Rec.: 131/2009, ponente: Pavesio Fernández). (Id Cendoj 33024370072010100007). FD 2º: (...) Por otro lado, en cuanto a la presunta falta de capacidad de la misma para comprender el alcance de lo que firmaba, en nada desvirtúan las alegaciones de la recurrente los razonamientos de la sentencia de que carece dicha alegación de prueba; pues ciertamente el informe que se cita del Centro de Salud de El Coto a lo único que hace referencia es a la existencia de síntomas de ansiedad generalizada por problemas laborales, pero ninguna referencia se hace en el mismo de que la misma no tenga capacidad suficiente para entender y comprender y suscribir contratos, máxime cuando en la prueba psicológica practicada, se informa por el perito judicial, Sr. Aurelio, Conclusiones (folio 247, de las actuaciones) "...posee facultades intelectivas y volitivas suficientes APRA (sic) firmar contratos sabiendo lo que representan, que era el objeto de este peritaje.

Barcelona 102/2010 de 15 de marzo³⁴⁰, que admite los informes de los peritos del demandado porque coinciden con el informe del perito judicial -teniendo en cuenta su carácter concluyente-, y rechaza el dictamen del demandante, que no presenta elementos convincentes de valoración en sentido diverso. Igualmente se observa en la SAP A Coruña 319/2008 de 30 de julio³⁴¹, que reconoce la convicción del dictamen emitido por

340

SAP Barcelona (Secc. 11ª) 102/2010 de 15 de marzo (Rec.: 349/2009, ponente: Bachs Estany). (Id Cendoj 08019370112010100120). FD 3º: (...) El primer motivo entiende que no deben de tener prevalencia, a la hora de tomar su decisión el Juzgado, los informes del perito de la demandada y el del médico forense porque la pericial de la parte actora es correcta y los demás erróneos. Realmente no se combaten por la parte apelante los informes médicos forense ni del perito de la demandada Don. José Francisco con argumentos racionales que pongan a la vista errores de cálculo o de apreciación contrastables con lo que resulta de la documentación médica obrante en autos. El informe Don José Francisco coincide precisamente con el del señor médico forense porque se basa fundamentalmente en la documentación médica acompañada, que prácticamente tiene que ser la misma de la que dispuso el médico forense si tenemos en cuenta que su informe concluyente data de fecha 12- 09-2007, momento en el que solamente faltaba el informe final de alta de clínica Delfos, de fecha 05-10-2007. En el momento en que el forense examina al lesionado hace tres meses que ha superado un episodio de inflamación y flogosis, hasta tal punto que se le retiraron el material de osteosíntesis y los puntos de dicha cirugía, algo que aconteció en fecha 07-09-2007, momento en el que objetivamente está comprobado por medio de radiología la consolidación de las fracturas. No tenemos ningún dato objetivo entre esta fecha y la del alta definitiva. Por tanto, las opiniones coincidentes de dos expertos, entre ellos un médico forense absolutamente imparcial, emitidas después de contrastar la documentación del paciente con el examen del mismo, parece que deben prevalecer, sin duda, en aquello en que coinciden entre sí y no coinciden con el perito de la parte actora. Por último, la devaluación que se intenta en vía de recurso del informe del médico forense se basa exclusivamente en las afirmaciones de éste acerca de no recordar muchos de los aspectos del caso, por el tiempo transcurrido y por los numerosos pacientes que durante más de un año ha tenido que reconocer, algo que sin embargo no le impide reiterar constantemente que lo que ha hecho constar en el informe es el resultado del examen del paciente, contrastado con la documentación aportada por éste. No puede prosperar el motivo.

341

SAP Coruña (A) (Secc. 3ª) 319/2008 de 30 de julio (Rec.: 566/2007, ponente Fernández Porto García). (Id Cendoj 15030370032008100312). FD 5º: En lo que se refiere al informe del Doctor en Biología don José Luis , que sí es perito designado judicialmente, el Juzgador de instancia sí lo ha tenido en consideración, al igual que los demás obrantes en los autos. Pero, compartiendo los criterios del Juzgador de instancia, debe destacarse: a) Ya en el preámbulo de su informe (obrante a los folios 1054 y ss.) indica que tiene un carácter provisional y orientativo, lo que directamente conduce a que sus afirmaciones y conclusiones deban tomarse como tales: provisionales (a la falta de un estudio más profundo), y meramente orientativas. Características que son contrarias a lo que debe ser un informe pericial, pues lejos de ayudar al Tribunal, en el mejor de los supuestos servirá como pauta orientativa. (...) c) Incurrir en el mismo error que el resto de los informes biológicos. (...) d) Todo su informe está presidido por excesivas hipótesis, pérdidas potenciales, densidad máxima posible; y si bien sitúa las pérdidas por daño emergente y lucro cesante entre 88.333.333 de pesetas y los 106.666.667 de pesetas, es partiendo de las hipótesis mencionadas, y de una previa mortalidad del 100%. Todo ello, como ya se destaca en la sentencia apelada en el fundamento legal duodécimo, para acto seguido añadir «No se recomienda una aplicación directa de las estimaciones presentadas aquí dadas las incertidumbres existentes en los parámetros e hipótesis de partida». Es decir, él mismo se desdice que su propia valoración y "recomienda" que no se apliquen las estimaciones que hace. e) Muestra su oposición a que se valoren los daños acudiendo a la evaluación realizada con ocasión del naufragio del buque petrolero "Aegean Sea", pues destaca que mientras algunas pruebas indican «cierta similitud» (se refiere a informes de parte, actas notariales e información de prensa), otras (las realizadas por la Xunta de Galicia) son discrepantes; e incluso existen contradicciones entre informes oficiales; cuestión en la que vuelve a incidir en las aclaraciones formuladas por las

el perito economista -cuyas conclusiones son fundadas en datos más objetivos-, y rechaza los informes biológicos que presentan conclusiones meramente estimativas.

También consideramos que, en algunos supuestos muy específicos de discrepancias de informes, se confiera mayor fuerza probatoria al dictamen emitido por la autoridad administrativa competente en el asunto, en la medida en que coincide con las conclusiones del perito de designación judicial, de acuerdo a lo que se ve en la SAP La Rioja 10/2004 de 23 de enero³⁴². En la misma, se desestimó el recurso de apelación, y se admitió la prevalencia de las conclusiones coincidentes de los informes del perito designado judicialmente y de la Oficina Española de Patentes y Marcas sobre el dictamen de la demandada/recurrente, que sostenía la novedad inventiva de la patente.

En el caso de que obren en autos dictámenes discrepantes y que ninguno de ellos presente naturaleza conclusiva sobre el hecho que debería esclarecer, el juez puede resolver la cuestión a partir de la regla de la carga de la prueba³⁴³. Consideramos que la utilización de este criterio debe ser precedido de la valoración de la prueba; momento en

partes. FD 6º: Es cierto que el Juzgador de instancia ha dado una significativa relevancia al informe del perito economista don Tomás a la hora de valorar la prueba practicada. Valoración que debe compartirse, pues es el único que maneja datos objetivos. (...) En resumen, el informe, pese a las críticas vertidas por la recurrente, es asumido en cuanto da unas explicaciones, razón de ciencia y metodología que pueden verificarse con otros datos objetivos.

³⁴² **SAP La Rioja (Secc. 1ª) 10/2004 de 23 de enero (Rec.: 191/2003, ponente: Santisteban Ruiz).** (Id Cendoj: 26089370012004100001). FD 1º: (...) En el supuesto de que obren dictámenes contradictorios, el Juez es soberano para optar sobre aquel o aquellos que estime más convincentes u objetivos, es decir, que ofrezcan una mayor aproximación a la realidad de los hechos (SSTS 9 de febrero de 1987 [RJ 1987, 692], 19 de febrero de 1987 [RJ 1987, 719] y 6 de marzo de 1989 [RJ 1989, 9883]). Conforme a esta doctrina, y teniendo en cuenta el resultado de los dictámenes periciales, puestos de relieve, se tiene que llegar a la conclusión expuesta por el perito designado en autos (folios 319 a 329) y por el dictamen documentado de la Oficina Española de Patentes y Marcas, en el sentido de que la patente núm. ... perteneciente a la demandada se hallaba anticipada por la patente de la actora núm. ..., con independencia de la relación de esta última patente perteneciente a la demandante con la europea núm. EP-...-A, a la que también se refiere el segundo dictamen, pues indudablemente este resultado ofrece el control y la efectividad que garantiza el procedimiento judicial. Por lo tanto, procede mantener el contenido de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia respecto a la nulidad de la patente de invención española núm. ... concedida a la demandada en fecha 4 de mayo de 1988, de acuerdo con los arts. 112.1. a, de la Ley de Patentes (RCL 1986, 939), en relación con los arts. 4, 6 y 8 de la misma Ley, tal y como apreciaba el Juzgador de instancia.

³⁴³ GARCÍA-CUERVA GARCÍA enseña que “las normas de la carga de la prueba proporcionan al juez, en el momento de dictar sentencia o resolución semejante, una regla de juicio, a saber, una pauta a seguir para concretar el sentido de la resolución que obligatoriamente debe adoptar en orden a la resolución del conflicto ante él planteado cuando un hecho relevante en el proceso permanezca incierto”. GARCÍA-CUERVA GARCÍA, S., “Las reglas generales del onus probandi”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), Barcelona, 2007, p. 55.

que el juez analiza cada uno de los dictámenes y expresa a quien incumbe la carga de probar el hecho que no resultó acreditado por la pericial. Según nuestra opinión, el juez no puede simplemente afirmar que no quedó probado este o aquel hecho sin valorar los informes e inmediatamente resolver la cuestión; aún en estos supuestos abogamos por la necesidad de demostrar en la resolución lo ocurrido para legitimar la decisión adoptada. En este sentido la SAP Las Palmas Gran Canarias 385/2009 de 3 de noviembre³⁴⁴, desestimó el recurso del demandante que pretendía que fuese reconocido un daño no acreditado suficientemente por ninguno de los dictámenes que obran en autos, ni siquiera por el perito designado por él.

D) Combinación de conclusiones de distintos dictámenes.

Se puede hacer el siguiente planteamiento sobre conclusiones diversas de distintos dictámenes: En una prueba pericial compuesta de varios cuestionamientos, ¿puede el juez admitir distintas conclusiones de informes diferentes para la toma de su decisión?

Una respuesta afirmativa a esta cuestión podría resultar que se considerase esta decisión judicial como temeraria o sumamente peligrosa³⁴⁵, principalmente en el caso de que los peritos hayan adoptado distintos métodos de trabajo.

Puede suceder sin embargo que los peritos hayan adoptado métodos semejantes y

³⁴⁴ **SAP Las Palmas de Gran Canaria (Secc. 4ª) 385/2009 de 3 de noviembre (Rec.: 794/2008, ponente: Galcerán Solsona).** (Id Cendoj: 35016370042009100387). FD 2º: (...) Así resulta de las explicaciones dadas en el acto del juicio por el perito Sr. Jesús Miguel, y en cuanto al perito de la actora, Sr. Arsenio, declaró que el asentamiento diferencial de los apoyos es una de las posibles causas, junto a otras posibles causas del desperfecto en cuestión (excesivo peso en el forjado y mal estado de conservación de la madera), de las cuales únicamente el asentamiento diferencial de los apoyos podría ser consecuencia de las obras, pero no dictaminó de modo concluyente cuál fue la causa, como se aprecia en el visionado del DVD, ni si necesariamente ha concurrido en el caso de autos tal causa, ni en qué medida, admitiendo la posibilidad de que las obras hubieran aumentado la flecha de las vigas pero sin determinar en qué medida, ni afirmarlo de modo concluyente, sino sólo en el terreno de las posibilidades, hipótesis o conjeturas. (...) En consecuencia, correspondía a la parte actora la carga de probar que ese concreto daño (pandeo del techo), estaba conectado causalmente con las obras de excavación del solar, es decir, la carga de probar la relación causal, y ello ciertamente no lo acreditó la actora, por lo que es totalmente acertada la valoración de la prueba realizada por el Juez de instancia, compartiendo la Sala la conclusión a que llegó, por lo cual, procede desestimar el recurso, confirmando la sentencia de instancia.

³⁴⁵ NIEVA FENOLL advierte que “salvo que el dictamen admita su separación en apartados concretos del proceso que no sean realmente conexos entre sí, en caso de que el juez empiece a escoger lo que le interese de cada dictamen, lo que se va a producir en un auténtico *totum revolutum* con enormes posibilidades de redundar en una sentencia inmotivada. NIEVA FENOLL, J., *La valoración de...*, cit., p. 301.

únicamente hayan considerado distintos datos para los varios cuestionamientos que debían contestar. En estas hipótesis, es posible que llegasen a conclusiones distintas y con un cierto grado de independencia entre ellas. Es decir, cada una de las conclusiones podría ser considerada válida o no a partir de los elementos considerados por el perito para su elaboración. No parecería razonada una resolución judicial así concebida como nos lo indica por ejemplo la SAP Burgos 70/2010 de 16 de febrero³⁴⁶, que no considera vulnerada la sana crítica cuando el juez, tomando en consideración conclusiones de dictámenes discrepantes, arribe a sus propias conclusiones.

Además, a diferencia de las conclusiones de los dictámenes periciales, las conclusiones de la sentencia deben tener como fundamento una apreciación realizada en el plano jurídico de los diversos elementos probatorios existentes, en la que se toman en consideración aquellos que el tribunal considera más relevantes para la ponderación. Ello no significa omitir de manera arbitraria aquellos otros elementos que, en consonancia implícita con su argumentación, puede estimarse que, a juicio del tribunal, carecen de trascendencia para la conclusión obtenida³⁴⁷.

³⁴⁶ **SAP Burgos (Sec. 3ª) 70/2010 de 16 de febrero (Rec.: 501/2009, ponente: Valbuena González).** (Id Cendoj 09059370032010100063). FD 3º: La prueba de peritos se rige en nuestro modelo de enjuiciamiento por el sistema de valoración libre -frente al sistema de prueba tasada, propio de otros medios (por ej., documentos públicos)-, según se desprende del *art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cuyo tenor literal señala: "El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica". La aparente contradicción que supone el hecho de que el juez pueda libremente valorar los conocimientos técnicos aportados al proceso se justifica, entre otras razones, ante la posibilidad de que existan varios dictámenes periciales y los mismos resulten discrepantes, como es precisamente el caso que nos ocupa. En efecto, los informes médicos elaborados por D. José Augusto aportados junto con la demanda no resultan plenamente coincidentes con los informes médicos elaborados por D. Juan Alberto aportados por la demandada. El principio de libre valoración de la prueba pericial no resulta -a nuestro juicio- vulnerado por el juzgador de instancia, quien tomando en consideración ambos informes alcanza -no obstante- sus propias conclusiones, respetando además otro principio aplicable a la valoración de la prueba, como es el de apreciación conjunta de todos los medios practicados, esto es, no sólo pericial, sino también documental y testifical.

³⁴⁷ **STS (Sec. 1ª) 211/2010 de 30 de marzo (Rec.: 326/2006, ponente: Xiol Ríos).** (Id Cendoj 28079110012010100214). FD 8º: (...) B) Aun prescindiendo de este obstáculo, los motivos no pueden ser estimados por las siguientes razones: (i) La denuncia de vulneración del *artículo 218.1 LEC* resulta improcedente, ya que no contiene normas sobre valoración de prueba por cuanto su cita no puede amparar la revisión de la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial. (ii) Los documentos públicos sólo hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella, pero no impiden la apreciación del tribunal, en relación con los demás medios de prueba, sobre las consecuencias que pueden derivarse de estas circunstancias. **Las conclusiones de la sentencia recurrida tienen como fundamento una apreciación realizada en el plano jurídico de los diversos elementos probatorios existentes, en la que se toman en consideración aquellos que el tribunal de apelación considera más relevantes para la ponderación, lo que no significa omitir de manera arbitraria aquellos otros elementos que, en consonancia implícita con su**

Estimamos que, habiendo dictámenes distintos con diferentes y fundadas conclusiones, la solución jurídica no puede limitar al juez a admitir la totalidad de las conclusiones de un informe y rechazar integralmente las conclusiones del otro. La técnica judicial basada en las máximas de la experiencia profesional del juez puede ser la clave para la resolución del litigio, con base en elementos muy concretos de la prueba pericial. Si del análisis de distintos dictámenes aportados queda claro al juzgador el hecho investigado por la prueba pericial, él sí que puede utilizar estos elementos para dictar su sentencia; consignando expresamente en ella los razonamientos y/o conclusiones de los dictámenes que hayan sido adoptados, así como aquellos no admitidos.

Ello no implica que se permita al juez vulnerar las reglas de la sana crítica dictando una sentencia que atente contra la lógica y la racionalidad, o sea arbitraria, incoherente o contradictoria y tampoco que lleve al absurdo.

Creemos que podría configurarse como incoherente la sentencia si el juez admite como válidas conclusiones contradictorias de distintos dictámenes sobre el mismo extremo; asimismo si rechaza las conclusiones de un dictamen por no considerar válido el método adoptado y, al mismo tiempo, admite otras conclusiones del mismo informe.

Consideramos, por último, que tampoco sería admisible al juez omitir en la sentencia los fundamentos por los cuales ha adoptado o llegado a estas o aquellas conclusiones; dichas razones no pueden quedarse en el plano subjetivo del juzgador, se exige que se expresen en la resolución judicial.

5.2 Colisión del dictamen con otros medios de prueba

El perito, al emitir su dictamen, no tiene conocimiento del resultado de las demás pruebas que se van a producir en el proceso. Por ello pueden suceder con frecuencia que se den contradicciones entre los elementos y conclusiones aportadas por el informe y los demás medios de prueba: interrogatorio de las partes, prueba documental, declaraciones

argumentación, puede estimarse que, a juicio del tribunal, carecen de trascendencia para la conclusión obtenida. (iii) La Audiencia no ha incurrido en valoración manifiestamente errónea o arbitraria al no tomar en consideración el documento en la forma que proponen los recurrentes, ya que parece razonable no entender probadas cuestiones a las que no alude la certificación, fuera de los extremos a que se refiere el *artículo 319 LEC*, y no admitir un contenido implícito del documento basado en consideraciones sobre lo que pudo haber consignado el Subdirector informante. (Destacado nuestro).

de testigos, reconocimiento judicial, medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen. Además del momento de su realización y de la no disponibilidad –o incluso innecesiedad-, de los elementos que informan los demás tipos de prueba, el perito observa el hecho o fenómeno desde el punto de vista eminentemente técnico o científico, a diferencia de las partes, los testigos y el propio juez.

Ante los supuestos concretos de colisión del dictamen pericial con las demás pruebas practicadas: ¿Qué debe hacer el juez en la Sentencia? ¿Qué tipo de prueba debe prevalecer ante la manifiesta contradicción con la pericial? ¿Existe un criterio legal o jurisprudencial para la resolución del problema?

TARUFFO sostiene que el criterio de la *preponderancia de la prueba* -que, a nuestro sentir, también podría denominarse de *preponderancia de la prueba de mayor probabilidad*-, se presentaría como una racionalización adecuada del principio de la libre convicción de la prueba, tanto en los sistemas del *common law* como en los del *civil law*. “Este estándar establece, en esencia, que cuando sobre un hecho existan pruebas contradictorias, el juzgador debe <<sopesar>> las probabilidades de las diferentes versiones sobre los hechos para hacer una elección en favor del enunciado que parezca ser relativamente <<más probable>>, sobre la base de los medios de prueba disponibles”³⁴⁸. Cumple observar que en el referido estándar, la probabilidad del enunciado no hace referencia a la frecuencia estadística o cuantitativa que les puedan ser inherentes, sino al grado de confirmación que el enunciado obtiene con relación a las demás pruebas practicadas.

Conforme se estudiará a continuación –y en respuesta a nuestra segunda pregunta-, el ordenamiento procesal español, como regla, no confiere un grado de prevalencia entre los diversos medios de prueba, una vez que somete prácticamente todos al mismo criterio de valoración, que es la sana crítica. La doctrina tampoco indica una regla general para resolver hipótesis de contradicción entre los dictámenes y los resultados suministrados por otros medios de prueba, toda vez que somete prácticamente a todos al mismo criterio de valoración, que es la sana crítica. La doctrina tampoco indica una regla general para resolver la hipótesis de contradicción entre los dictámenes y los

³⁴⁸ TARUFFO, M., *La prueba*, cit., pp. 137-138.

resultados suministrados por otros medios de prueba³⁴⁹. Sin embargo, la doctrina refiere que sobre el dictamen pericial prevalecería el medio de prueba tasado o legal, como la prueba documental y determinados supuestos del interrogatorio de las partes³⁵⁰. Disentimos no obstante en este punto, puesto que esta interpretación nos lleva de algún modo, a reducir la valoración probatoria a una sencilla operación matemática. Estimamos que los supuestos de colisión del resultado de la prueba pericial con los otros medios de prueba, tasado o no, exige el análisis racional y detallado del dictamen y de las demás pruebas practicadas³⁵¹.

A) El dictamen en colisión con el interrogatorio de las partes.

De acuerdo al artículo 316.1 LEC, ante la hipótesis de no contradecir el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán como ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales y si su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial. En las demás hipótesis –a nuestro entender, incluso en el caso de contradicción con el dictamen pericial-, “*los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307*” (artículo 316.2 LEC).

La colisión del interrogatorio de las partes va a ser posible en las hipótesis que la parte comparezca y efectivamente declare categóricamente de modo contradictorio respecto a dato, razonamiento o conclusiones del dictamen. Y, en estos supuestos, ¿Cuál es la solución o soluciones posibles? Procederemos a analizar a continuación.

La primera de ellas es confesión de la parte, la cual puede constituirse en un elemento relevante y orientativo para la valoración del dictamen. Se podría afirmar como previsible que la parte niegue o no afirme categóricamente los hechos que pueden

³⁴⁹ FLORES PRADA defiende que “a la hora de resolver las contradicciones entre los dictámenes periciales y los resultados suministrados por otros medios de prueba, parece claro que no puede establecerse una regla general”. FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 430.

³⁵⁰ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 159.

³⁵¹ RIVERA MORALES sostiene que “el peritaje no tiene mayor eficacia probatoria que otros medios, por lo que su valoración con fundamento en la sana y todos los aspectos prácticos que hemos expuesto, el dictamen debe ser contrastado con el resto de medios probatorios para examinar su racionalidad”. RIVERA MORALES, R., *La prueba: un...*, cit., p. 276.

causarle perjuicio. Pero, por circunstancias diversas, entre ellas: el desconocimiento de las consecuencias de sus afirmaciones o el deseo de no mentir pueden llevar a la parte a hacer declaraciones inconexas a datos, razonamientos o conclusiones de los dictámenes.

Se podría imaginar, por ejemplo, un proceso en el que se debata sobre indemnización por accidente de circulación en el que la parte demandada, contrariando el dictamen por ella aportado, reconozca en juicio que conducía su vehículo a velocidad superior a la establecida por la vía en que ocurrió el siniestro. Nos parece razonable que el juez admitiese el reconocimiento del demandado y rechazase las conclusiones del dictamen, que intentaba eximir la responsabilidad bajo el fundamento de la observancia por el conductor de las normas de velocidad para la vía. Pero, es importante destacar que no siempre el reconocimiento del hecho por parte del demandado implica la estimación de la pretensión del demandante, principalmente si el dictamen pericial excluye categóricamente la posibilidad de que los daños reclamados hayan sido producidos por la colisión que originó la demanda³⁵².

Además, se puede admitir mayor credibilidad a las conclusiones del informe pericial aportado por la parte actora cuando coincide con la confesión de una de las partes demandadas, según surge de la lectura de la SAP Lugo 760/2008 de 2 de octubre³⁵³. En

³⁵² **SAP Cáceres (Secc. 1ª) 106/2010 de 9 de marzo (Rec.: 93/2010, ponente Bote Saavedra).** (Id Cendoj 10037370012010100068). FD 3º: (...) TERCERO.- (...) El perito es concluyente, afirmando que no es posible que por las direcciones de las fuerzas aplicadas ni las magnitudes de las mismas se correspondan con la forma de producirse el accidente que sostiene el actor y avala el contrario. En efecto, examinados los daños que presenta el vehículo del actor y los que presenta el vehículo del demandado, físicamente es imposible que los primeros daños se hayan producido por una colisión producida cuando el vehículo propiedad del demandado circulaba marcha atrás, y lo que es imposible desde el punto de las ciencias físicas, no puede serlo desde el punto de vista de las ciencias jurídicas, pues sería ir en contra del sentido lógico, racional y común de las cosas. A todo ello no se opone la declaración amistosa del accidente, ni el reconocimiento por lo demandado, pues en definitiva, aunque se estimara la demanda nunca pagaría el demandado, sino su compañía de seguros. En definitiva, sin necesidad de mayores consideraciones, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

³⁵³ **SAP Lugo (Secc. 1ª) 760/2008 de 2 de octubre (Rec.: 407/2008, ponente Ferrera López).** (Id Cendoj 27028370012008100577). FD 1º: (...) Otra prueba es la propia confesión de una de las codemandadas, a través de escrito dirigido al Juzgado, fechado el 16 de marzo de 2006, diciendo que, aunque las ramas estaban prácticamente podadas, intentó talar por el pie los árboles objeto de litigio para evitar que definitivamente algunas de sus ramas sobrevolaran la propiedad del ejecutante, pero que no pudo debido a inclemencias del tiempo e imposibilidad temporal de los maderistas con que se puso en contacto (Folio 11). La perito de la parte demandante, a preguntas de la representación procesal de la demandada, explica que el verdín de la fachada cuyos daños se reclaman pueden haber sido producidos por el arrastre de partículas vegetales y el efecto de la lluvia, el viento, etc., de cualquiera de los árboles cercanos a la finca del actor. Sin embargo, aclara que ocasiona más daño el que tiene la parte vegetal más próxima a las zonas de la vivienda dañadas, el más cercano que el que está a mayor distancia, pues le afecta pero en menor medida. Según el informe de esta misma perito, del día 24 de abril de 2006, página 3, Folio 18,

el mismo sentido la SAP Guadalajara 128/2008 de 24 de julio³⁵⁴, que consideró relevante la confesión del demandado/recurrente con relación a la existencia de los defectos constructivos objetos de la demanda. Otro ejemplo de las consecuencias de la confesión sobre la valoración de la prueba pericial podemos extraerlo de la SAP Valladolid 130/2010 de 30 de marzo³⁵⁵, que rechazó el dictamen que indicaba la

<<...la zona colindante con la finca de arbolado presenta un deficiente estado de conservación, no así el resto de las fachadas. Se deduce que la cubierta y fachada más cercanas a la finca de arbolado se encuentran más sucias, con presencia de “verdina”...>>. Por lo expuesto anteriormente se deduce con claridad que si las ramas de los árboles de los demandados son los más cercanos, o los que caen directamente sobre la fachada perjudicada del actor, no son otros los árboles causantes del daño, ni los del actor, ni los de terceros. Alega, asimismo, la parte demandada que habría que distinguir los daños anteriores de la fachada generados por la falta de mantenimiento adecuado de la vivienda, de cuenta exclusiva del actor, de los hipotéticamente producidos por la falta de poda de los árboles de sus mandantes desde el 9 de febrero de 2004. A juicio de este Tribunal tales daños precedentes y no imputables a la parte demandada, que quedan constatados en el informe pericial aportado por ella, fueron tenidos convenientemente en cuenta por la sentencia apelada cuando rebaja, de la cantidad total que pretende repercutir el actor, el 50 % por la falta generalizada de remozamiento y cuidado de las paredes del inmueble. Todo lo razonado, conduce a rechazar el recurso también por este motivo.

354

SAP Guadalajara (Secc. 1ª) 128/2008 de 24 de julio (Rec.: 71/2008, ponente Espejel Jorquera). (Id Cendoj 19130370012008100200). FD 2º: Se invoca, seguidamente, por el recurrente que el informe técnico aportado por la parte actora no fue ratificado por su autor, lo que impidió al demandado contrastar dicho informe y verificar los conocimientos y la experiencia del técnico que lo realizó y los métodos y criterios empleados en su valoración. Lo que obliga a puntualizar que, si bien es cierto que la ratificación judicial del perito se produjo cuando el ahora apelante no estaba personado en autos y antes de que el T.C. declarara la nulidad de las actuaciones respecto de dicho litigante, no es menos cierto que, una vez subsanado el defecto y siendo conocedor el ahora impugnante del contenido del dictamen, fue interesado por la parte actora que se diera por reproducida la prueba practicada en el procedimiento seguido contra el constructor y el arquitecto e igualmente la pericial aportada en el procedimiento de ejecución. Habiendo tenido a su alcance el apelante haber interesado la comparecencia de los profesionales que realizaron los informes, a fin de pedir las aclaraciones que a su derecho hubieran convenido, o bien aportar los dictámenes contradictorios que hubiere estimado pertinentes o interesar la práctica de prueba pericial, lo que no hizo. (...) En semejante línea, S.T.S. 11-5-1989, la cual, aunque referida a un supuesto de hecho distinto al que nos ocupa, declaró que no es lo más ortodoxo, procesalmente, una actitud negativa puramente, sino que es preciso acreditar en forma positiva la tesis propia. Criterio mantenido igualmente en S.T.S. 30-1-1990, que precisó que no debe ser admisible negar genéricamente los hechos alegados de contrario, impugnando indiscriminadamente cualquier documento aportado de adverso. Lo cual resulta predicable en la hipótesis que nos ocupa, en la que, a mayor abundamiento, el ahora recurrente admitió en confesión la existencia de defectos, apuntando vagamente que eran de acabado y que aparecían los reseñados en la demanda, pero no todos; no especificando los concretos vicios pretendidamente no existentes cuando él visitó la edificación.

355

SAP Valladolid (Secc. 3ª) 103/2010 de 30 de marzo (Rec.: 50/2010, ponente Muñiz Delgado). (Id Cendoj 47186370032010100092). FD 2º: Tras analizar en su conjunto la prueba obrante en autos, no apreciamos haya incurrido el juzgador de instancia en error a la hora de valorarla en lo relativo al número de piezas dañadas y a la necesidad de su completa sustitución. En efecto, es cierto que el Sr. Valentín, perito que en su día intervino en el siniestro a instancia de la Compañía de Seguros de la parte actora, manifiesta en juicio que a su entender algunas de las piezas dañadas podían ser recuperables, en tanto no aparecían exteriormente claramente dañadas y admitiesen un cierto grado de tolerancia en su funcionamiento que absorbiese las posibles deformaciones sufridas. Ahora bien, dicho perito nos relata también que no profundizó en el estudio del siniestro, dado que ab initio entendió se hallaba excluido de la cobertura del

posibilidad de recuperación de algunas piezas y admitía un cierto grado de tolerancia en su funcionamiento que absorbiese las posibles deformaciones sufridas, información contradicha por el interrogatorio del representante legal de la demandada que reconoció que la totalidad de las piezas se sometieron al mismo proceso de decapado.

En definitiva, concluimos que el reconocimiento de la parte puede asumir un papel decisivo en la valoración de los dictámenes periciales, especialmente si contraría alguno de los elementos del dictamen que les podrían ser favorables o se ratifican otros que les serían perjudiciales.

Aunque se pueda considerar difícil que la prueba pericial entre en colisión con el interrogatorio de las partes, en la medida que las partes declaran sobre hechos y no sobre cuestiones que requieren conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos³⁵⁶, también se puede estimar la posibilidad de su ocurrencia, teniendo en cuenta que los peritos parten de hechos, informaciones y supuestos -que pueden ser acreditados o no durante el proceso-, para presentar sus conclusiones, que también pueden entrar en colisión con lo declarado por las partes en juicio.

La declaración de la parte puede prevalecer sobre el resultado de la prueba pericial si simultáneamente concurren las siguientes circunstancias: a) el elemento de contradicción refiere a un hecho considerado por el dictamen -no esencialmente técnico³⁵⁷-, apto a ser reconocido por personas de mediana cultura; b) lo declarado

seguro, por lo que la hipótesis de recuperación de algunas de las piezas ha de acogerse en principio ya con reservas. Por otra parte el representante legal de la entidad demandada al ser interrogado admite que la totalidad de las piezas se sometió al mismo proceso de decapado, tanto respecto de la temperatura cuanto del tiempo de horno, de modo que la pura lógica indica el que siendo idénticas las que integraban cada una de las cuatro clases remitidas sufriesen similares desperfectos. (...) El perito judicial nos relata se desplazó a la fábrica algo más de año y medio después de acaecer los hechos enjuiciados, observando amontonadas en un patio unas 15 o 20 piezas en muy mal estado y completamente irrecuperables. Comprobó las 8 máquinas GD que trabajan en línea a la salida de fabricación del producto, de las que procedían los cuatro tipos de piezas en su día enviadas a decapar, constatando se hallaban funcionando a pleno rendimiento y que todas las piezas instaladas en las mismas eran nuevas, sin signo alguno de reutilización, y construidas por completo en acero inoxidable, mientras que las dañadas presentaban partes de aluminio. (...) Compartimos en su consecuencia las conclusiones alcanzadas por el juzgador, en el sentido de que las 32 piezas resultaron dañadas en el proceso de decapado, de modo que quedaron inservibles para su reinstalación en la maquinaria y correcto funcionamiento, motivo por el cual debieron ser sustituidas.

³⁵⁶ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 160.

³⁵⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, citado por ABEL LLUCH, sostiene que “los conocimientos técnicos sencillos están relativamente al alcance de personas de mediana cultura, y precisamente por su mayor vulnerabilidad crítica, pueden verse contradichos por los medios de prueba, tanto legales como libres”. *Ibid.*, p. 160.

resulte perjudicial a la parte interrogada; c) encuentra amparo en otros elementos de prueba. Como ejemplo, podemos traer a colación la SAP Palma de Mallorca 134/2010 de 25 de marzo³⁵⁸, que estimó el recurso del demandante al reconocer falta de base a la prueba pericial -aportada por el demandado-, en virtud de contradicción con el interrogatorio del demandado, respecto a la manipulación en el bulón³⁵⁹ por parte del empleado de la empresa subcontratada por el demandado para la realización de la reparación del vehículo del demandante.

Pero, en el caso de que la prueba pericial requiera el uso de conocimientos técnicos o científicos muy especializados, concluiríamos en el sentido de que prevalezcan las conclusiones del dictamen sobre las declaraciones de parte que lo contradicen. Es que, en estos supuestos, dichas declaraciones no tendrían relevancia suficiente para cambiar el resultado del dictamen. Se podría una vez más referirse a la prueba de ADN en un proceso en que se pretenda disolver el vínculo de paternidad. Consideramos que la sentencia estimaría la demanda en la hipótesis de que el resultado de la prueba pericial negase categóricamente dicha paternidad, por más que el demandado afirmase en su interrogatorio ser padre del niño que ha registrado a su nombre.

En definitiva, estimamos que el interrogatorio de la parte puede asumir un papel decisivo en la valoración de los dictámenes periciales, especialmente si contrarían unos elementos del dictamen que les podrían ser favorables o se ratifican otros que les serían

³⁵⁸ **SAP Palma de Mallorca (Sec. 3ª) 134/2010 de 25 de marzo (Rec.: 122/2010, ponente Gómez Martínez).** (Id Cendoj 07040370032010100106). FD 4º: En el interrogatorio de parte el Sr. Ángel manifestó que la reparación consistió en el cambio de la cadena de distribución. Admitió que para dicha reparación fue necesario desmontar el motor y, a preguntas de su letrado añadió que tuvieron que haber tocado el bulón. Esta aseveración contradice la conclusión del perito de parte: si hubo manipulación del bulón por parte del empleado de la empresa "Mirow 1 Motors" subcontratada por la demandada para la realización de la reparación. En consecuencia, dicho hecho, que le es perjudicial a la parte interrogada, debe considerarse enteramente probado (*artículo 316.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) y de él nace la responsabilidad del demandado, dado que, además, priva de base a la pericial por él aportada. Por otra parte, este dato reconocido en el interrogatorio de parte coincide con el contenido en el factura de "Perfect Auto" (folio 62), en la que se recoge como una de las tareas realizadas la de "montar completo motor", que en la traducción oficial figura como "cambio completo del set de juntas del motor" (folio 65). Finalmente, no consta en autos, ni siquiera se ha alegado, que el bulón pudiera haberse salido del trabador, por causa distinta de la manipulación del motor en el taller del demandado.

³⁵⁹ Si el término pueda parecer no común al hombre de mediana cultura, a la persona que esté involucrado en un litigio de esta naturaleza no lo sería. Estimamos que este contexto debe ser considerado por el juez en el momento de valorar las pruebas. Definición de bulón: "tornillo grande de cabeza redondeada". Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/>. Fecha de consulta: 1.6.2010.

perjudiciales.

B) *El dictamen versus la prueba documental.*

- El documento público.

Se podría afirmar, como regla general, que “los documentos públicos harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella” (artículo 319.1 LEC). Pero, la fuerza probatoria de los referidos documentos puede ser impugnada mediante cotejo o comprobación de su autenticidad, de acuerdo al procedimiento establecido por el artículo 320 LEC. Una vez comprobada su autenticidad, el juez quedaría vinculado a la prueba documental; y, en el caso de que no sea acreditada dicha autenticidad, se quitaría la plena prueba del documento público.

Si el resultado de la prueba pericial es compatible con el hecho alegado por una de las partes y con la información registrada en el documento público, creemos que no habría mayores problemas para la resolución del litigio, ante la no ocurrencia de contradicción entre éstas pruebas, tal como se refleja en la STS 1174/2006 de 10 de noviembre³⁶⁰.

No obstante, destacamos que la autenticidad del documento público no puede ser confundida con la veracidad absoluta de su contenido. Por ello, más allá de la posibilidad de impugnación de su autenticidad, también es posible acreditarse judicialmente que no son verdaderas las declaraciones o manifestaciones de voluntad contenidas en el documento público³⁶¹. Por consiguiente, dichas declaraciones o

³⁶⁰ STS (Secc. 1ª) 1174/2006 de 10 de noviembre (Rec.: 815/2000, ponente: Salas Carceller). (Id Cendoj 28079110012006101113). FD 7º: (...) En el caso presente, la sentencia impugnada valora el informe pericial del perito topógrafo (fundamento jurídico tercero) de forma racional y lógica sin incurrir en los defectos que pudieran fundamentar su revisión. Carece de razón la duda planteada por los recurrentes en orden a que si la diferencia entre la superficie de las tres parcelas (números NUM000, NUM001 y NUM002) según el Registro de la Propiedad y la real es únicamente de 219 m/2 no es posible atribuir una ocupación mayor por parte de los demandados recurrentes, pues lo que realmente define la situación es el hecho de que la finca de estos últimos tiene en la realidad 603 m/2 más que en su título, mientras que la de los actores presenta en la realidad física una disminución de 396 m/2 respecto del suyo.

³⁶¹ Según RIVERA MORALES “si el informe pericial se refiere al contenido del documento, por ejemplo, señala que se vende la finca tal integrada por potreros con pastos artificiales cuyo valor es XXX, realizándose una pericia *se determina que no hay pastos oficiales* y el valor del *monte natural es de YYY*, debe decirse que ninguno de estos medios de prueba vincula al juez, pues éste está autorizado para valorarlo libremente conforme a las reglas de la sana crítica y la apreciación conjunta”. RIVERA MORALES, R., *La prueba: un... , cit.*, p. 285.

manifestaciones no son alcanzadas por el principio de prueba tasada³⁶². La afirmación de un hecho, acto o estado de cosas a través de un documento público, por sí sólo, no transforma dicho hecho en verdad: continuará siendo una versión del hecho y debe someterse al sistema de libre valoración de las pruebas si es cuestionado en juicio.

Así, aunque el contenido de un documento público administrativo -fichas catastrales de fincas en litigio, por ejemplo-, pueda servir de base para la elaboración del dictamen pericial en un proceso de deslinde de un inmueble; no se puede exigir que las informaciones del referido documento vincule al juez en el momento de dictar sentencia en el caso que se verifiquen contradicciones con el resultado de la pericia³⁶³.

³⁶² STS (Secc. 1ª) 120/2008 de 21 de febrero (Rec.: 4598/2000, ponente: Montes Penades). (Id Cendoj 28079110012008100272). FD 2º: (...) El recurrente intenta justificar una revisión de la prueba en base a la infracción que dice haberse cometido de los *artículos 1218.1º, 1225 y 1228 del Código civil*. Pero es claro, en primer lugar, que el propio tenor del *artículo 1218.1º CC dispone que los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero*, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, y el recurrente trata de demostrar la realidad de un evento que la Sala de instancia considera se ha producido de otro modo, y es claro que lo puede hacer en base a otras pruebas, pues **la eficacia del documento público no se extiende a su contenido, ni presenta, en este sentido, prevalencia sobre las demás pruebas** (SSTS 11 de julio de 1996, 10 de marzo y 2 de diciembre de 2003, 25 de marzo, 26 de mayo y 4 de octubre de 2004, 27 de enero de 2005, etc.), ni basta para enervar una valoración conjunta y puede ser desvirtuado por prueba en contrario (SSTS 19 de abril de 2000, 18 de octubre de 2004, etc.). (Destacado nuestro).

³⁶³ STS (Secc. 1ª) 417/2008 de 16 de mayo (Rec.: 121/2001, ponente: Almagro Nosete). (Id Cendoj 28079110012008100364). FD 1º: (...) El argumento que subyace en la denuncia casacional, sucintamente expuesto, consiste en afirmar que la Audiencia Provincial ha omitido valorar las fichas catastrales de las fincas en litigio, así como el informe emitido por el Sr. Arquitecto Municipal acerca de la determinación de los límites de las mismas, y los dos planos en que el citado Sr. Arquitecto ha documentado la delimitación de los linderos de las fincas, de todo lo cual se ha de derivar la fijación de las lindes en la forma postulada en la demanda reconventional, y, subsiguientemente, la condena a demoler la obra ejecutada sobre la parte de la finca del demandado reconviniente, ahora recurrente, según el resultado del deslinde realizado en la forma interesada. El motivo no puede ser estimado por cuanto parte de una premisa equivocada, cual es considerar que los documentos a los que se refiere la denuncia casacional tienen el carácter de documentos públicos a los que ha de atribuirse la eficacia prevista en el *artículo 1218 del Código Civil*, cuando, en rigor, se trata de fichas, informes y planos que, aunque puedan catalogarse ampliamente como documentos públicos administrativos -en términos de la Sentencia de 20 de diciembre de 2007-, carecen de la eficacia probatoria plena que releva a los Tribunales de valorarlos en conjunción con el resto de las pruebas practicadas. (...) En el caso contemplado, el Tribunal sentenciador, en uso de la libre valoración de la prueba, se atuvo al resultado de la prueba pericial practicada en el proceso, sin desconocer, empero, el contenido de aquellos documentos e informes a que se refiere la denuncia casacional, que, asimismo, fueron tenidos en cuenta por el perito informante, los cuales -como se indica en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia recurrida- "no son sino elementos de los que haya de partirse para la determinación de la linde real y no meramente oficial que es lo en definitiva pretendido por las partes, toda vez que si no fuera así bastaría con una actuación administrativa de deslinde en base a sus propios datos catastrales en lugar de una acción ante los tribunales. En la litis se ha practicado una medición y se ha emitido un informe suficientemente explicativo tanto de las bases empleadas como de las conclusiones a las que se llega, y evidentemente a él habrá de estarse al ser el elemento probatorio practicado en estos precisos

Igualmente, se puede desestimar una demanda sumaria de posesión, descrita en la escritura de propiedad del demandante/recurrente, si el dictamen pericial concluye que *in situ* que lo indicado en dicha escritura ya no se corresponde con la realidad puesto que ya no se ve ningún camino, signo evidente de su falta de uso y abandono³⁶⁴. Otro supuesto de prevalencia de la prueba pericial sobre el contenido del documento público se puede observar en la SAP Cáceres 104/2010 de 8 de marzo³⁶⁵, que, basada en el

autos que mayor fiabilidad, en tanto que sometido a los principios de igualdad y contradicción de partes, ofrece cuando ya en él se tiene en cuenta otros datos documentales obrantes en el proceso", con clara referencia, en esto último, a los reflejados en los documentos a los que se refiere el reproche casacional, el cual, consecuentemente, no ha de lograr el propósito de desvirtuar el resultado de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, que, por no ser errónea o ilógica, ha de ser mantenida, como seguidamente se verá.

364

SAP Oviedo (Secc. 4ª) 119/2010 de 30 de marzo (Rec.: 112/2010, ponente: Zamora Pérez). (Id Cendoj 33044370042010100121). FD 3º: Como correctamente apunta la juzgadora de instancia en la resolución apelada, el proceso articulado persigue la tutela de la posesión como una situación fáctica de la que viene disfrutando una persona. Estado posesorio del que no debe ser despojado de forma unilateral, manu militari, por la actuación de otro. En consecuencia resulta ajena al proceso toda consideración acerca de la titularidad dominical o cualquiera otro derecho real que justifique o sustente ese estado posesorio. Así las cosas, imprescindible para que prospere la pretensión del apelante es que éste acredite la situación posesoria invocada, y que como se expone no queda debidamente probada en el caso de autos. (...) También reconoce dicho litigante que el uso que podía hacer del rodeo del viento Norte de su finca era de naturaleza esporádico, ocasional, quizás puntual, según apunta limpiándolo en ocasiones, ya que cuando tuvo que pintar la pared de ese viento pidió permiso a las demandadas para colocar andamios. Utilización esporádica que viene avalada por el resultado del dictamen pericial realizado a su instancia. El perito reconoce que él fija el rodeo en base a títulos, ya que *in situ* no se ve ningún camino, signo evidente de su falta de uso y abandono. De dichas manifestaciones se desprende que si el apelante hacía algún uso del rodeo lo era de forma esporádica y no continuada como sería lo propio del estado posesorio que invoca y que se exige para que prospere la acción interdictal. Convicción que no se ve desvirtuada por la declaración de los testigos, quienes mantienen versiones contradictorias, en función de la parte litigante que los aporte a los autos, debiendo destacar al respecto lo manifestado por D. Claudio, nieto de los anteriores propietarios de la finca que ahora es del apelante, quien mantiene que de la pared para fuera nunca supieron que tuvieran nada, y que nunca usaron el rodeo, si bien su testimonio debe valorarse con las debidas cautelas, pues hablamos de una persona de mediana edad que dejó de hacer uso de la casa sobre los quince años, luego sus conocimientos se remontan a aquellos tiempos. Lo expuesto nos lleva a confirmar la desestimación de la demanda.

365

SAP Cáceres (Secc. 1ª) 104/2010 de 8 de marzo (Rec.: 80/2010, ponente: Bote Saavedra). (Id Cendoj 10037370012010100067). FD 7º: Igualmente, la escritura pública acompañada a la demanda, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad, tampoco es suficiente para determinar la concreta superficie de la finca, pues como es sabido, la inscripción en el Registro de la Propiedad, con apoyo en dicha escritura, no está amparada el dato físico de la superficie por la fe pública registral. Si lo expuesto anteriormente no fuera suficiente, se ha practicado prueba pericial por Ingeniero Técnico Agrícola, según el cual la parcela propiedad de los actores tiene una superficie de 573,60 m2, coincidente con la superficie que refleja el Catastro, e incluso la propia escritura pública cuando dice que ésta es la superficie real, y no la de diez centiáreas. En consecuencia, de todo lo anterior se desprende que la superficie real de la finca no se corresponde con la superficie que consta en la escritura pública de compraventa, sino que dicha prueba acredita todo lo contrario, lo que además de no probar que es propietaria de la superficie reivindicada, hace imposible que el demandado ostente la posesión de la porción de terreno objeto de la acción, que no puede prosperar al no concurrir ninguno de los requisitos, antes examinados.

dictamen pericial, estima el recurso del demandado y rechaza la pretensión reivindicatoria del demandante, que se fundaba en la superficie –no real-, descrita en la escritura de compraventa del inmueble. Por último, destacamos que las conclusiones del dictamen pericial pueden prevalecer sobre los certificados finales de obra³⁶⁶, cuando se acreditan que las deficiencias en la construcción exceden de las meras imperfecciones corrientes³⁶⁷.

- El documento privado.

A los documentos privados también le son conferidos los efectos de plena prueba en el proceso, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudique (artículo 326.1 LEC). Además, se admite la impugnación de su autenticidad en los mismos términos previstos para los documentos públicos. En el caso de que resulte acreditada dicha autenticidad, el documento particular podrá tener plena eficacia de

³⁶⁶ LABASTIDA AZEMAR, comentando el Código Técnico de la Edificación, asevera que “con el fin de facilitar el cumplimiento de las exigencias del CTE, se establecen los denominados Documentos Reconocidos del CTE, definidos como documentos sin carácter reglamentario, que cuentan con el reconocimiento del Ministerio de Vivienda que mantendrá un registro público de los mismos”. LABASTIDA AZEMAR, F., “Código Técnico de la Edificación (CTE)”, en *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación, Estudios de Derecho Judicial*, en HERNÁNDEZ PEZZI, C. (Dir.), 108-2006, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 180.

³⁶⁷ **SAP Zaragoza (Secc. 4ª) 481/2009 de 8 de octubre (Rec.: 338/2009, ponente Medrano Sánchez).** (Id Cendoj 50297370042009100358). FD 2º: Se denuncia en el segundo motivo una errónea valoración de la prueba, solicitándose, en virtud de las facultades que otorga la Lec al Tribunal ad quem una nueva valoración de la misma, reclamándose ahora una valoración conjunta al entenderse que no es aceptable que en la instancia se haya asentado la solución del conflicto en base a una pericial cuando el perito no ratificó su informe en el juicio, invocándose en este sentido la admisibilidad por el Tribunal Constitucional de la valoración conjunta de la prueba. Alegaciones que no son de recibo: del *art. 346 Lec.* resulta diáfano que para poder tener en cuenta la pericial judicial no es inexcusable la presencia del perito en el juicio, lo que sólo es preceptivo si lo piden las partes o lo considera conveniente el Tribunal. Advertir que la subsanación de esa deficiencia, ausencia del perito en el juicio, se conseguiría postulando su emisión en esta segunda instancia, no siendo aceptable la mera postura procesal de denunciar el vicio. **Por lo demás las pruebas que se quieren contraponer a los informes periciales son irrelevantes con relación a la existencia de las deficiencias: nada quitan ni añaden los certificados finales de obra respecto a la realidad de las deficiencias.** La prueba es contundente en constatar la existencia de las deficiencias, que exceden de las meras imperfecciones corrientes, por lo que el promotor debe responder por un doble título, contractual y legal: aunque no con mucha precisión resulta que las deficiencias aunque habituales, deben corregirse antes de la finalización de la obra, y que algunas "se deben a la incorrecta ejecución de determinados elementos como las rampas de acceso (léase acceso) para minusválidos, los empujes de determinadas soleras que agrietan las fábricas de ladrillo por no establecer las oportunas juntas con material elástico, las humedades por impermeabilización defectuosa, etc...". Por tanto defectuosa ejecución que es imputable al promotor y contratista. (Destacado nuestro).

prueba para las partes que lo han suscrito; en la hipótesis de que la impugnación no alcance un juicio de certeza, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 326.2 LEC).

Al igual que ocurre con los documentos públicos, el reconocimiento de su autenticidad no representa la fuerza probatoria absoluta del contenido de los documentos privados³⁶⁸, ni quita a los tribunales la posibilidad de interpretar el referido contenido³⁶⁹. Es decir, se aplican las reglas de la sana crítica en los casos que se cuestionan judicialmente el contenido de los documentos privados; el control judicial de la legalidad o de la realidad en la emisión del documento particular funcionaría como instrumento de equilibrio de fuerzas entre las partes involucradas³⁷⁰ -o terceros interesados-, en el negocio jurídico consustanciado en dicho documento. Los eventuales vicios del documento particular deben ser acreditados por la parte interesada. En el caso de no comprobación del vicio del documento, prevalece su contenido, según podemos observar en la SAP Santa Cruz

³⁶⁸ **SAP Ávila (Secc. 1ª) 32/2010 de 12 de febrero (Rec.: 381/2009, ponente Rodríguez Dupla).** (Id Cendoj 05019370012010100057). FD 5º: (...) El artículo 326, por su parte, para el caso de documentos privados cuya autenticidad no fuere impugnada, les otorga la virtualidad de hacer prueba plena, mas no debe confundir esto con la veracidad intrínseca del contenido, vicio en el que incurre el recurrente cuando pretende que una carta de su abogado o un presupuesto para reforma del muro litigioso sean tenidos en su tenor como verdad absoluta por el hecho de que no se impugnó su autenticidad; y, viceversa, la falta de reconocimiento de un documento privado no le priva íntegramente de valor probatorio, y es eficaz en juicio cuando se corrobore con otras pruebas practicadas.

³⁶⁹ **STS (Secc. 1ª) 403/2009 de 15 de junio (Rec.: 2317/2004, ponente: Roca Trias).** (Id Cendoj 28079110012009100415). FD 1º: (...) La sentencia recurrida no ha negado valor probatorio a los documentos privados presentados por las demandantes-recurrentes en cuanto a la autenticidad, fecha, etc. que es lo que establece el Art. 326.1 LEC. Lo que se pretende es discutir sobre la interpretación efectuada por la sentencia recurrida acerca del contenido del documento, puesto que la expresión “prueba plena” no significa que el Tribunal no deba valorar el contenido de los mismos de acuerdo con las reglas de la sana crítica, porque en el caso de que no se impugne la autenticidad del documento privado presentado, no es que su contenido se imponga sin posibilidad de interpretación, como ocurriría si se le incluyera dentro de lo que se denomina “prueba tasada”, sino que deberá ser valorado en el conjunto de las pruebas aportadas.

³⁷⁰ MEZQUITA DEL CACHO asevera que “el ordenamiento se encuentra así en una encrucijada de riesgos de seguridad y justicia, que debe resolver admitiendo que, a efectos de justicia y seguridad de los acreedores, los documentos privados tengan un determinado valor probatorio ante deudores y terceros, así como alguna aptitud de expeditividad ejecutiva bajo la garantía del control judicial para el obligado; pero sin que ello borre nunca las diferencias de eficacia del documento público, que han de incentivar su empleo, no sólo como medio de certeza que prevenga el pleito o facilite su solución, sino también como instrumento de protección a deudores y demás contratantes en inferioridad, por el control de legalidad y realidad que su autorización requiere o promueve, y la información que procura”. MEZQUITA DEL CACHO, J. L., “De los documentos privados”, en *Comentario del Código Civil*, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. [et al.] (Dir.), Madrid, Ministerio de Justicia, t. II, 1992, p. 356.

de Tenerife 1/2010 de 19 de enero³⁷¹, que, considerando -entre otras- la prueba pericial practicada, estimó el recurso del demandante/recurrente y condenó el demandado/recorrido a abonar una cuantía en dinero basada en un documento particular de reconocimiento de deuda, respecto el cual la parte apelada alegaba ser consecuencia de intimidación grave o ilícita.

C) *La colisión del dictamen con las declaraciones de los testigos.*

Considerando que las declaraciones de los testigos también están sometidas al sistema de valoración de la sana crítica (artículo 376 LEC), estimamos que en el caso de contradicción con el dictamen pericial el juez debe tener en cuenta la naturaleza del dato o hecho. Si se trata de un dato eminentemente técnico o científico la tendencia es que se confiera mayor fuerza probatoria al dictamen, especialmente si se corrobora por prueba documental³⁷². Aún en la hipótesis en que el testigo posea conocimiento respecto a la

³⁷¹ **SAP Santa Cruz de Tenerife (Secc. 4ª) 1/2010 de 19 de enero (Rec.: 444/2009, ponente Moscoso Torres).** (Id Cendoj 38038370042010100001). FD 4º: 1. (...) 3. En función de lo anterior y del reconocimiento de deuda señalado, tampoco se comparte del todo la valoración de los dictámenes periciales sobre la contabilidad de la empresa en orden a acreditar la realidad de la apropiación. Ciertamente, partiendo de la base de la suscripción del reconocimiento sin una presión ilegítima y estando reconocido la autenticidad (en su autoría aunque no en su contenido), se ha de presumir la realidad de la causa expresada en el mismo como el título y origen de la deuda reconocida; naturalmente se trata de una presunción iuris tantum que admite prueba en contra, pero la carga de esta prueba corresponde a quien contradice el contenido del reconocimiento, de modo que todas las dudas que se plantean sobre tal extremo juegan en contra de su autor a quien corresponde la carga de esa prueba (*art. 217 de la LEC*); naturalmente, esas dudas operan de distinta forma que en el proceso penal, en las que siempre favorecen al imputado o acusado. (...) En este caso las dudas que pueden surgir sobre la realidad de la causa expresada en el reconocimiento no serían suficientes para desvirtuarla. Pero ni siquiera es preciso acudir a la existencia de tales dudas, pues en la apreciación y valoración de los dictámenes emitidos (que deben valorarse conforme a las reglas de la sana crítica según lo dispuesto en el *art. 348 de la LEC*), este tribunal considera que debe prevalecer el emitido por el auditor y asesor fiscal Sr. Gonzalo, frente al emitido por Sres. Casiano. (...) 5. En definitiva y en función de la valoración que merece toda la prueba practicada (dictamen pericial señalado, documental y declaraciones testificales, así como el propio reconocimiento de deuda del demandado), se llega a la conclusión de la realidad de la causa expresada en dicho reconocimiento y de la procedencia de la reclamación formulada con base en el mismo, sin que el mismo fuera la consecuencia de una intimidación grave o ilícita que determinara su nulidad por vicio del consentimiento.

³⁷² **SAP Murcia (Secc. 1ª) 70/2010 de 8 de febrero (Rec.: 626/2009, ponente Alonso Saura).** (Id Cendoj 30030370012010100109). FD 3º: (...) De la referida prueba documental se desprende que existieron discrepancias entre las partes en relación con la corrección de los trabajos que ejecutó la demandante, mas no ha quedado probado que efectivamente fuesen defectuosos, de forma que existiese un incumplimiento contractual, y que de la suma acordada por las partes proceda el descuento que se pretende, debido a la necesidad de la actora de contratar a otra empresa para su subsanación de los defectos de los trabajos realizados por la demandante, pues aceptando la valoración del resultado de la prueba de interrogatorio de parte y testifical del representante de Rovid Construcciones, S.L., que efectúa la sentencia apelada, que se ajusta a lo

materia, puede ser que prevalezcan las conclusiones del informe pericial considerando que la vía adecuada para confrontar dicha prueba sería otra pericia y no la testifical³⁷³. Otro supuesto en que se otorga mayor fuerza probatoria al dictamen es el caso en que el testigo que contradice el dictamen sea vinculado a la parte interesada en el rechazo de la prueba pericial³⁷⁴.

Sin embargo, si la contradicción se refiere a un dato o hecho específico no conocido o no considerado por el perito, puede ser que las declaraciones del testigo alcancen un mayor grado de fiabilidad y desvirtúen las conclusiones del dictamen. Como ejemplo la

manifestado en dichas pruebas, y a las reglas de la lógica y de la experiencia, ha de señalarse que no consta remisión del informe y valoración de los desperfectos a la demandante y el requerimiento a ésta para su subsanación a que se refiere la prueba documental, apartado c) anterior, no siendo suficientes al respecto las declaraciones del testigo Sr. José Pablo, sin que además consten debidamente los desperfectos existentes mediante el correspondiente informe pericial, siendo así que el Sr. Pablo Jesús en el interrogatorio que le fue formulado se refirió a la existencia de motivos técnicos para determinar los desperfectos, y a temas totalmente técnicos.

³⁷³ **SAP La Rioja (Secc. 1ª) 130/2010 de 29 de marzo (Rec.: 96/2010, ponente Araujo García).** (Id Cendoj 26089370012010100194). FD 4º. (...) En todo caso, reiterar que la demandada-apelante no aportó informe pericial alguno, sino únicamente el testimonio del biólogo Sr. Ezequiel, y no cabe obviar que los testigos declaran sobre hechos, no sobre conocimientos o juicios de valor, resultando insuficiente dicho testimonio a los efectos pretendidos frente a la prueba aportada de contrario, en absoluto desvirtuada por prueba alguna aportada por la demandada, resultando la adecuación de las conclusiones establecidas en la sentencia recurrida, debiendo el Tribunal asumir la detallada y ponderada apreciación efectuada por la Juzgadora a quo de la prueba documental y personal aportada, rechazando el recurso.

³⁷⁴ **SAP Palma de Mallorca (Secc. 3ª) 101/2010 de 02 de marzo (Rec.: 2/2010, ponente Gómez Martínez).** (Id Cendoj 07040370032010100089). FD 3º. (...) El perito de la actora ratificó en juicio su dictamen afirmando que no aportó las facturas de reparación porque las comprobó "in situ". Añadió que una tormenta podría también haber producido la avería, aunque en el día de autos se produjo un apagón y que éste conlleva una sobre tensión. Además, compareció en juicio el testigo don Carlos Alberto, empleado de la demandada. Éste indicó que el apagón afectó a toda Mallorca y parte de Menorca, que la interrupción de suministro y posterior reconexión no puede generar una sobre tensión y que la sobre tensión, si se produce, es generalizada y afecta, al menos, a todos los clientes de la red de baja de tensión. Pues bien, a pesar del resultado contradictorio de ambos medios probatorios, entiende la Sala, que ha quedado acreditado que la rotura del ordenador y el SAI del actor se produjo por una sobre tensión en la red de suministro eléctrico, y ello por las siguientes razones: a) Es cierto que el perito de la actora trabaja para la demandante, pero ostenta una posición de relativa independencia respecto a la compañía que le encomienda la peritación, lo que no sucede con el testigo de la demandada, que es empleado suyo y que, por tanto, se halla vinculado a ella por razones de dependencia, de lo que se infiere que la imparcialidad del Sr. Luciano es, en principio, mayor que la del testigo Sr. Carlos Alberto. (...) e) La falta de aportación, junto al dictamen, de las facturas de reparación, no le hacen perder su eficacia probatoria ya que el propio *artículo 336.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* prevé el supuesto de que los documentos no se puedan aportar. f) Solo el perito de la actora hizo un examen del lugar y de los aparatos, lo que le permite formular sus conclusiones con relación concreta al caso de autos, mientras que las manifestaciones del testigo de la demandada, son generales, no basadas en el conocimiento concreto de las circunstancias que rodearon la avería a la que se refieren las presentes actuaciones judiciales, por lo que su eficacia probatoria queda muy menguada y su eventual influencia en la decisión del litigio solo ligeramente supera la de las alegaciones de parte.

SAP Toledo 92/2010 de 30 de marzo³⁷⁵, que desestimó el recurso del demandante en las acciones de deslinde y reivindicatoria, considerando que la prueba pericial por él aportada no era suficiente y teniendo en cuenta la existencia de prueba testifical contradictoria.

La colisión o no del dictamen con la prueba testifical puede ser decisiva para la valoración de informes contradictorios, según se observa en la SAP Lleida 100/2010 de 26 de febrero³⁷⁶, que desestimó el recurso del demandado y confirmó la sentencia

³⁷⁵ **SAP Toledo (Secc. 1ª) 92/2010 de 30 de marzo (Rec.: 301/2009, ponente Ocariz Azaustre).** (Id Cendoj 45168370012010100142). FD 3º. (...) Ello es así aunque se alegue en el recurso que el perito si tuvo en cuenta el catastro y los archivos históricos sobre las fincas, puesto que aunque así lo señale en su informe es evidente que solo los tuvo en cuenta en relación a la finca de la demandante y por ello nada en su informe, ni un solo dato fáctico ni de superficie, determina de la finca de la demandada. Esto implica a juicio de la Sala, como se ha expuesto, que la prueba examinada carece de credibilidad suficiente por falta de rigor, al no informar sobre toda la situación conjunta de hecho existente en la controversia a cuyo fin se presenta, sino únicamente de aquellos datos que apoyan la pretensión de la demandante, desechando examinar algún otro que pudiera perjudicarla, ofreciendo dudas bastantes en la valoración de su ajuste a la realidad atendible que la convierten en prueba insuficiente para fundar la estimación de la demanda formulada por el apelante, sin que a ello sea obstáculo la alegación de la apelante de que la sentencia valora incorrectamente esta pericial como demostraría que se motive en la misma que el perito no valoro el título de segregación de la finca de la demandada (del condominio de esta finca que no se ha dividido y segregado) el cual no existe, y ello porque la sentencia no se refiere a dicha segregación sino a la segregación por el anterior propietario común de ambas fincas Sr. Valeriano para que pudieran constar en la vida jurídica como independientes y la descripción que en ella se hiciera de cada una de dichas fincas segregadas. De otro lado, asimismo la sentencia apelada determina la valoración esencial que ostenta la prueba testifical practicada en el Sr. Valeriano, criterio que esta Sala comparte, dado que se trata del antiguo propietario común de ambas fincas, testigo que la Sala no puede considerar sino de valor muy cualificado dado su conocimiento previo de las fincas, de la división que se hizo de las mismas para convertirlas en independientes y dado su carácter actual de persona ajena a ningún interés en el pleito. Este manifestó, y no se contradice o discute en el recurso, que las lindes de las fincas coinciden con el muro de la edificación del demandante y que la zona (la de paso de la finca demandada) en la que pretende la demandante que este demandado posee indebidamente terreno de su propiedad, conforme lo ha distribuido la pericial a su instancia, siempre fue de acceso del demandado y asimismo que la finca matriz llegaba al otro lado de la carretera (con la que linda la demandante por lado distinto de la finca del demandado) desconociendo si se ocupó esa zona, así como que no existía acera (es decir superficie no edificada bordeando la edificación de la demandante) ni en el lateral ni en la trasera. Todo ello hace plenamente lógico considerar que concurren de la prueba aportada relevantes dudas de que la expresión en la descripción registral de la finca de la demandante de que la edificación linda por todos sus vientos con la parte sobre la que se levanta implique la interpretación de que está rodeado lo edificado por todos lados por terreno de la misma finca sin construir, como pretende el recurso.

³⁷⁶ **SAP Lleida (Secc. 2ª) 100/2010 de 26 de febrero (Rec.: 237/2009, ponente Sainz Pereda).** (Id Cendoj 25120370022010100083). FD 3º: (...) En la resolución recurrida ya se tiene en cuenta que los informes de los peritos son contradictorios y precisamente por ello, y porque estamos ante una cuestión eminentemente técnica, se acude a los demás medios de prueba, de modo que, por un lado, se analizan exhaustivamente los dos informes periciales, recogiendo los principales extremos de uno y otro y las aclaraciones proporcionadas por ambos peritos en el acto de juicio, tanto en relación con su propio dictamen como en cuanto a los extremos destacados por el contrario. Tras efectuar un extenso análisis de uno y otro informe, la juzgadora a quo examina y valora la prueba testifical, teniendo en cuenta las circunstancias personales de los testigos y la

apelada, basada en las conclusiones del dictamen que fueron corroboradas por las declaraciones de los testigos y rechazó el otro informe, cuyas conclusiones fueran desvirtuadas por la prueba testifical.

D) *El dictamen y el resultado del reconocimiento judicial.*

La Ley de Enjuiciamiento Civil no establece un sistema de valoración para la prueba de reconocimiento judicial, motivo por el cual la mayor parte de la doctrina sostiene que el tema no podría plantearse de la misma manera que los demás medios de prueba³⁷⁷ (sometidos a la valoración libre o a la valoración tasada). A pesar de su especial naturaleza –por ser realizada a través de la percepción directa por el tribunal-, la prueba de reconocimiento judicial no debe prevalecer injustificadamente sobre los demás medios de prueba. Es decir, su valoración debe ser motivada y considerada conjuntamente con el acervo probatorio; la práctica del reconocimiento judicial no excluye la valoración respecto a las demás pruebas practicadas, aunque sea relativa al mismo objeto del reconocimiento.

Es en este contexto que se pueden verificar –no con mucha frecuencia³⁷⁸-, supuestos de contradicción entre las conclusiones del dictamen y el resultado del reconocimiento judicial. Así que, si el reconocimiento recae sobre un lugar, objeto o persona que ya haya sido objeto de prueba pericial, el tribunal, más allá de las afirmaciones de hechos de las partes, podría tomar en cuenta las actuaciones periciales practicadas para la emisión del informe. Ello permitiría clarificar, desde luego, en el acta del reconocimiento las posibles contradicciones entre las conclusiones de la prueba pericial

razón de su conocimiento (*art. 376 de la LEC*), razonando suficientemente el motivo por el que las conclusiones del perito Don. Marco Antonio resultan corroboradas por la declaración de todas las demás personas que depusieron en el juicio, que fueron quienes intervinieron directamente en la instalación frigorífica en el momento en que se produjeron los hechos, examinando la instalación, los aparatos dañados y procediendo a su reparación. Y ya no sólo es que avalen las conclusiones Don. Marco Antonio sino que, al mismo tiempo, vienen a desvirtuar la tesis mantenida por Don. Gabino cuando sitúa el origen del daño en la propia instalación interior del abonado. (...) En definitiva, una vez reexaminadas las actuaciones no advierte la Sala que en la resolución recurrida se haya incurrido en el error que denuncia la recurrentes, debiendo mantenerse en esta alzada el ponderado y más objetivo criterio valorativo de la juzgadora de instancia, que no puede tacharse de ilógico, absurdo, arbitrario o desacertado a la luz del resultado que arrojan las pruebas practicadas.

³⁷⁷ FONT SERRA, E., *El dictamen de...*, cit., p. 269.

³⁷⁸ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 165.

y las percepciones y apreciaciones del tribunal sobre el objeto del reconocimiento; por consiguiente, facilitaría al tribunal la valoración de la prueba en el momento de dictar sentencia.

“El conocimiento intelectual de los percibido sensorialmente sólo es posible sobre la base de ideas y conceptos aprehendidos anteriormente”³⁷⁹. De ello puede resultar una tendencia en el sentido de la preponderancia de los razonamientos jurídicos del juez en el caso de contradicciones con las conclusiones del dictamen pericial, “confirmada por la práctica judicial de diversos ordenamientos, en la que la consideración por las cuestiones de derecho, incluso por las de escasa importancia, supera en gran medida la atención que se presta a las cuestiones de hecho, aun cuando éstas sean verdaderamente decisivas”³⁸⁰.

Pero, ni siempre la percepción inmediata del juez con el objeto de la prueba puede resultar en la formación de elementos suficientes a contradecir las conclusiones del dictamen, de acuerdo a lo que se extrae de la SAP Ciudad Real 40/2010 de 22 de febrero³⁸¹. En este caso, el juez de instancia estimó integralmente la demanda y condenó

³⁷⁹ FONT SERRA, E., *El dictamen de...*, cit., p. 213.

³⁸⁰ TARUFFO, M., *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos* (traducción de Daniela Accatino Scagliotti), Madrid, 2010, p. 206.

³⁸¹ **SAP Ciudad Real (Secc. 1ª) 40/2010 de 22 de febrero (Rec.: 1208/2009, ponente Astray Chacon).** (Id Cendoj 13034370012010100048). FD 1º: (...) Concluye el informe pericial que tales defectos afectan a la función principal de la obra ejecutada, que lo es el cerramiento de la parcela, no quedando cerrado por no llegar hasta el suelo y las puertas no estar totalmente terminadas, presentando igualmente deficiencias estéticas. Afirma el perito que las deficiencias no son reparables desde un punto de vista económico, pues sería necesario la demolición del vallado y su reconstrucción, ya que la reparación sin demolición sería más costosa. El Juez de Instancia, sin embargo, disiente de esta última valoración realizada por el perito entendiendo, contrariamente, a la vista de los defectos que describe, que, a su juicio, son subsanables. (...) FD 2º: Partiendo de los defectos de ejecución apreciados en la Sentencia de Instancia, conforme a la prueba practicada, y de la conclusión de que los mismos afectan a la funcionalidad objetiva de la obra encargada, de forma que no es útil para las funciones de cerramiento, conforme se describe (la valla no llega hasta el suelo, permitiendo el paso de los animales; las puertas no cierran bien), acierta el apelante cuando opone el incumplimiento contractual y no la mera ejecución defectuosa. El Juez de Instancia, a la hora de cualificar el incumplimiento, total o defectuoso de la prestación, pone el acento en la posibilidad de subsanación o reparación de los defectos, de tal forma que identifica el incumplimiento total con la imposibilidad de reparación. Más ello no es lo que esencialmente cualifica el incumplimiento en supuestos de incumplimiento total por inhabilidad del objeto al fin que se destina. Es obvio que en estos supuestos no existe omisión de la ejecución de la obra, sino una ejecución defectuosa. Pero dicha ejecución defectuosa se equipara a su omisión o a la falta de ejecución, a la hora de entender que el incumplimiento de la prestación es total o íntegro, cuando no sirve al fin destinado, afecta a la cualidad esencial que se contrata, o impide la funcionalidad objetiva y subjetiva de la obra pactada. (...) Procede, pues, estimar el recurso; y en consecuencia estimando procedente el acogimiento de la excepción de incumplimiento contractual, al apreciar defectos que afectan a la habilidad de la obra ejecutada para su fin o a la funcionalidad objetiva de la misma, no procede estimar la demanda, ya que el

a la parte demandada (comprador del inmueble) al abono a la demandante (constructor) de la cuantía reclamada, considerando acreditado –a partir del reconocimiento judicial-, que la obra fue ejecutada con defectos subsanables, contradiciendo las conclusiones del dictamen pericial que concluyó que los defectos afectaban la función principal de la obra.

Además, consideramos que la contradicción del reconocimiento judicial con las conclusiones del informe pericial puede resultar de la concurrencia de informes periciales contradictorios, o incluso de la contradicción del informe con documentos de naturaleza técnica, según la SAP Málaga 241/2006 de 22 de marzo³⁸². Dicha resolución estimó al recurso del demandante y condenó al demandado a que realizase a su costa las reparaciones necesarias a fin de solventar el error de ejecución en la nave en la forma expresada en el informe pericial que se acompañaba con la demanda. La sentencia revocada contrariaba manifiestamente el informe pericial referido y se basaba en la prueba de reconocimiento judicial que consideró suficiente para subsanar el defecto originario la construcción de una rampa indicada en un informe administrativo del ingeniero municipal.

demandante no ha cumplido con la obligación de ejecutar la obra en condiciones propias de funcionalidad, y en consecuencia no puede reclamar el pago del precio, en cuanto no cumpla debidamente con su prestación.

382

SAP Málaga (Secc. 5ª) 241/2006 de 22 de marzo (Rec.: 137/2006, ponente Torrecillas Cabrerías). (Id Cendoj 29067370052006100233). FD 2º: Expuesta así la cuestión se trata de determinar si con las obras llevadas a cabo por la entidad demandada en el año 2.001 se han subsanado los defectos constructivos que tenía la nave desde su conclusión y que fueron reconocidos de forma expresa por la propia entidad al asumir los gastos de las obras que ella y la sentencia de instancia entienden que son adecuadas; en tal sentido hay que tener en cuenta que el informe presentado por el demandante mantiene que el desnivel existente entre la solera de la nave y la acera de la calle, que está más alta, es de unos 18 cm. en el punto más alto, que existe un sumidero lineal a la entrada de la nave, que tiene por finalidad la recogida de las aguas pluviales e impedir así que dichas aguas pluviales terminen desembocando en el interior de la nave, reconociéndose por el mismo que son parte de las obras realizadas por la entidad demandada; concluyendo el referido informe que "la solución por la que se ha optado no es la más correcta, ya que con el paso del tiempo y el correspondiente deterioro (atoro) del mismo, o debido a una gran afluencia de agua, se podría llegar a la posibilidad de que dicho sumidero no tuviera capacidad para absorber toda el agua y consiguientemente se produjera la anegación del edificio", concluyendo que "la mejor solución pasaría por realizar una solera de hormigón armado sobre la ya existente con canto de 20 cm. y todo el interior de la nave, y la adecuación del portón de entrada a los nuevos niveles de acabado"; consiguientemente, dado que el vicio de la construcción existe, que la entidad demandada asumió como propio el error al intentar subsanar dicho defecto, aun cuando la solución dada por la entidad demandada no fue la correcta, o cuando menos no lo suficiente para evitar posibles inundaciones, es evidente que procede acceder a la pretensión ejercitada y condenar a la demandada a que a su costa realice las obras necesarias para dotar a la nave propiedad del demandado, cuando menos de la misma cota a la que se encuentra la calle coincidentes dichas obras con el entrecomillado anterior, por lo que es procedente admitir el recurso y revocar la sentencia de instancia.

Capítulo IV

EL DICTAMEN PERICIAL Y SU MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA

1 INTRODUCCIÓN

Una vez analizados los paradigmas jurisprudenciales de valoración de la prueba pericial y los criterios para la valoración del dictamen científico, en los capítulos anteriores, corresponde ahora pasar al estudio de la relación entre la valoración de la prueba pericial y su motivación en la sentencia. Por ello este capítulo se dedica al análisis de los siguientes temas: los aspectos constitucionales y legales de la motivación de la sentencia en cuanto a la valoración de la prueba pericial y la forma y contenido que presenta el análisis del dictamen en la sentencia.

Estimamos que a partir de los criterios jurisprudenciales y doctrinales ya reconocidos por la jurisprudencia como ajustables para la valoración del dictamen se pueda proponer un método judicial más objetivo para motivar la prueba pericial en las resoluciones judiciales. No está en nuestro deseo imponer una *camisa de fuerza* a los jueces de modo de limitar su capacidad creativa en el momento de motivar sus fallos, sino del intento de facilitar ese trabajo mediante el uso de un método a partir de los reconocidos criterios de valoración del informe pericial. Y es que es el juez el que va a elegir los criterios de valoración aplicables y sus respectivos contenidos en el momento de dictar su sentencia. Lo que se propone es la adopción de un sistema judicial más uniforme y objetivo en el orden de motivación de la prueba pericial en las resoluciones judiciales.

1.1 La constitucionalidad de la motivación y publicidad

El primer aspecto que merece ser destacado es el anclaje constitucional de los principios de motivación y publicidad de las sentencias judiciales de acuerdo a lo previsto en el

artículo 120.3 de la Constitución Española: “*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.*”

Quisiéramos preliminarmente plantear una hipótesis de posible inadecuación semántica del legislador constitucional al utilizar el término *motivadas* en el precepto arriba transcrito. Compartimos de la postura de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ cuando sostiene que la palabra *motivación* es equívoca “ya que puede ser entendida en un sentido material o formal y puede –y suele- referirse a las razones reales, a los móviles subjetivos que han llevado al agente a adoptar una decisión o bien las razones explicativas y justificativas de ésta, que son otra cosa”³⁸³. Así que, a pesar de la sinonimia que pueda haber entre ambas y del hecho que ellas tratan de operaciones humanas que muchas veces se complementan, consideramos que quizá podría ser técnicamente más correcta la utilización del término *justificadas*³⁸⁴ en lugar de *motivadas*.

Según la Real Academia Española *motivar* significa “dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo”³⁸⁵, mientras que *justificar*³⁸⁶ representa “probar algo con razones convincentes, testigos o documentos” o “probar la inocencia de alguien en lo que se le imputa o se presume de él”. Parece claro que en principio, compete a las partes probar en juicio su derecho y la legalidad de su pretensión, pero a partir del momento en que el Estado-juez reconoce ese derecho y confiere a la parte el gozo del

³⁸³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ añade que “es en este segundo sentido como debe entenderse el término <<motivación>> en el contexto en el que se utilizan las normas citadas. El art. 9.3, in fine, de la Constitución obliga a entender la motivación como justificación, supuesto que prohíbe el capricho, el puro arbitrio, y reclama razones objetivas, más allá de la simple voluntad del agente”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Principios y reglas: la discrecionalidad administrativa y la judicial”, en *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, en ANDRÉS IBAÑEZ, P. (Dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 168.

³⁸⁴ CALAMANDREI enseña que la motivación “es, antes que nada, la justificación, que quiere ser persuasiva, de la bondad de la sentencia” y que “sirve para demostrar que el fallo es justo y por qué es justo, y para persuadir a la parte vencida que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un mediato razonamiento y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y de la fuerza”. CALAMANDREI, P., “La crisis de la motivación”, *Proceso y democracia: conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México* (traducción del Licenciado Hector Fix Zamudio), Buenos Aires, 1960, pp. 116-117.

³⁸⁵ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/>. Fecha de consulta: 31.3.2011.

³⁸⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/>. Fecha de consulta: 31.3.2011.

objeto material de su pretensión, el encargo de probar -o de por lo menos justificar que resultó probado-, pasaría a ser de los órganos jurisdiccionales como forma de legitimar su decisión³⁸⁷, lo que no correspondería exactamente a la somera explicación de la resolución³⁸⁸. “La motivación, en este caso, ya no consiste en meros argumentos persuasivos, sino que se trata de argumentos y razonamientos encaminados a comprobar que el fallo es aplicación de las normas jurídicas pertinentes”³⁸⁹. En este mismo sentido razona TARUFFO que “la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión; es, más bien, la exposición de un razonamiento justificativo mediante el que el juez muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable”³⁹⁰.

No obstante esta breve reflexión, el presente trabajo utilizará ambos términos -motivación o justificación-, por cuanto expresarán el mismo significado, o sea, *la obligación constitucional de que las resoluciones judiciales sean debidamente fundamentadas*.

³⁸⁷ DELGADO BARRIO refiere que “en este sentido declara reiteradamente el Tribunal Constitucional que el fundamento de la legitimidad del Poder Judicial está precisamente en que aplica la Ley. Y justamente por ello, es imprescindible la motivación de las sentencias; cumple funciones específicas respecto de las partes pero cumple también funciones de gran importancia para la generalidad de los ciudadanos en cuanto que es la expresión del sometimiento del juez al imperio de la Ley”. DELGADO BARRIO, J., “El juez en la Constitución”, *Constitución y Poder Judicial: XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 123.

³⁸⁸ ATIENZA asevera que “la distinción entre explicación y justificación, y entre razonamientos explicativos -teóricos- y justificativos -prácticos- es, obviamente, de gran importancia, pero explicar y justificar son operaciones que muchas veces se entrecruzan: así, del mismo modo que las cuestiones de justificación juegan un papel en la explicación (en muchos casos, lo que explica, por ejemplo, que un juez haya tomado una determinada decisión es -al menos hasta cierto punto- que él la considera justificada), la explicación de las decisiones facilita también la tarea de la justificación (es decir, las posibles razones justificativas aparecen así en forma más explícita). Cabe decir que el razonamiento jurídico es, en último término, justificativo, pero eso no quita para que las razones explicativas jueguen un papel importante e, incluso, decisivo en muchos casos. Así, motivar una sentencia significa ofrecer una justificación -no una explicación- de la decisión en cuestión, pero eso, en cierto modo, sólo puede hacerse a partir de un esquema - el llamado «silogismo judicial»-, una de cuyas premisas es un enunciado empírico (la afirmación de que ocurrió el hecho H), para cuyo establecimiento se necesita contar con razones explicativas adecuadas”. ATIENZA, M., “El Derecho como argumentación”, *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, nº 21, 1999, p. 39.

³⁸⁹ INIESTA DELGADO, J. J., *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*, Bolonia, 2003, p. 195.

³⁹⁰ TARUFFO, M., *La prueba de los hechos* (traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, 2011, p. 435.

La perspectiva de la *motivación en cuanto al espacio de legitimidad constitucional* significa que las resoluciones judiciales no pueden basarse en criterios arbitrarios del juzgador, ni sus razones deben quedar en el campo de su exclusiva intimidad³⁹¹, sino que requiere que los criterios utilizados para la toma de decisión se sometan a la racionalización lógica en el texto de la sentencia y con base en el ordenamiento jurídico vigente. Y es que el ejercicio de la *potestad jurisdiccional* en el sistema del *civil law* sucede de la aplicación motivada de las leyes a los casos concretos, teniendo en cuenta que los jueces son profesionales, seleccionados normalmente a través de las oportunas pruebas. La aprobación de las oposiciones y demás actos administrativos respectivos confieren la legitimidad para la investidura en el cargo de juez, pero el ejercicio de la función jurisdiccional –que consiste en la resolución de los conflictos sociales a través de una sentencia con fuerza ejecutiva-, sólo estará legitimada constitucionalmente si y cuando la resolución esté suficientemente motivada.

De ahí resulta que las resoluciones judiciales y sus fundamentos no estén reservadas únicamente a las partes y/o a los órganos jurisdiccionales³⁹², con excepción obviamente de las actuaciones que la propia ley así lo establece como garantía de derechos fundamentales que deban ser preservados. Por lo tanto, *no es suficiente que las sentencias estén motivadas, se requiere que sean pronunciadas en audiencia pública*. Por lo tanto, se podría afirmar que los conceptos jurídicos de motivación y publicidad son complementarios entre sí. Las sentencias deben ser motivadas porque están destinadas a la publicación y la publicación sólo tiene sentido de existir cuando la resolución esté motivada. En el decir de KANT, “una máxima que no puede publicarse sin provocar el fracaso de sus propósitos, que debe mantenerse en secreto para conseguir el éxito deseado, que no puedo proclamar públicamente sin levantar el ánimo de todos contra mis intenciones –oposición esta necesaria y general y de esperar a

³⁹¹ TARUFFO precisa que “la decisión final sobre los hechos no se concibe como el resultado de una especie de adivinación”, tampoco “puede ser fruto de una intuición irracional, o de una introspección a través de la cual el juez penetre en los pliegues más recónditos de su espíritu para emerger con una certeza subjetiva”, por el contrario, al estar orientada hacia la determinación de la verdad de los hechos, “la decisión debe constituir el resultado de un procedimiento racional, que se desarrolla conforme a reglas y principios, esto es, conforme a un método que permita someter a control y que determine su validez”. TARUFFO, M., *Simplemente la verdad...*, cit., p. 220.

³⁹² Según CALAMANDREI “también el juez vive sumergido en la sociedad, y cuando interpreta la ley para aplicarla al caso concreto, debe buscar inspiración en el mismo sentimiento de utilidad social del cual ha nacido la ley”. CALAMANDREI, P., “La crisis de...”, cit., p. 131.

priori-, esta máxima no podrá basarse nunca sino en la injusticia, injusticia con la cual amenaza a todos”³⁹³.

Estimamos que la *publicidad* así concebida, se constituye en un elemento relevante a la hora de informar sobre los derechos de igualdad³⁹⁴ y de acceso a la jurisdicción, ya que el conocimiento público de las resoluciones judiciales³⁹⁵ y sus fundamentos permite a todos aquellos que se encuentren en igual o similar situación jurídica a la definida por la sentencia, puedan presentar también sus demandas ante el Poder Judicial, al tener una legítima expectativa del reconocimiento de su derecho³⁹⁶.

Además de estos aspectos, *la motivación y publicidad de las resoluciones judiciales comprenden una función de control procesal*³⁹⁷, relacionada a su razonabilidad lógica y

³⁹³ KANT, I., *La paz perpetua* (traducción del alemán por Baltasar Espinosa), Madrid, 1967, p. 115.

³⁹⁴ MORAL SORIANO, comentando la relevancia de la fundamentación de la sentencia y uso de los precedentes, afirma que, “según el argumento de justicia formal, la razón para seguir los precedentes es el principio de igualdad, es decir, que casos iguales requieren un tratamiento semejante”; y más, que conforme el argumento pragmático “la razón para seguir los precedentes se encuentra en los beneficios que con ello se obtienen: la uniforme aplicación de las leyes, la economía procesal, la predicción de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y el prestigio de los jueces y tribunales, entre otros”. MORAL SORIANO, L., *El precedente jurisprudencial*, cit., pp. 128-129. En el mismo sentido BACIGALUPO sostiene que “todos los ciudadanos tienen derecho a un mismo tratamiento en la aplicación del Derecho dentro del territorio del Estado. Por lo tanto, a la necesidad de continuidad y estabilidad se suma, como presupuesto de la seguridad jurídica, la necesidad de igualdad”. BACIGALUPO, E., “Jurisprudencia y seguridad jurídica”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, en SAMPER JUAN, J. (Dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 134.

³⁹⁵ DELGADO GARCÍA y OLIVER CUELLO destacan que el Plan Estratégico de transparencia judicial, de octubre de 2005, establece como uno de sus objetivos “publicar en tiempo real los resultados de los litigios (sentencias), así como de las ejecuciones, lo que es un medidor de la eficacia de la justicia”. DELGADO GARCÍA, A. M. y OLIVER CUELLO, R., “Iniciativas recientes de la e-justicia en España”, en *E-justicia, Revista de Internet, derecho y política*, en FABRA, P. (Coord.), n. 4, 2007, p. 26. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254137>. Fecha de consulta: 12.4.2011.

³⁹⁶ LA CRUZ BERDEJO registra que “a partir de su S. de 30 de marzo 1981 (con mayor precisión, desde la de 14 de julio 1982) el Tribunal Constitucional afirma que el principio de igualdad en la aplicación de la ley impone que un mismo órgano judicial no puede aplicar un mismo precepto de manera distinta en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. En consecuencia, en numerosos casos ha declarado nulas sentencias recurridas en amparo, ordenando al órgano de que proceden que vuelva a pronunciarse (bien siguiendo su precedente, bien justificando su apartamiento de tal precedente)”. LA CRUZ BERDEJO, J. L. [et al.], *Elementos de Derecho Civil*, I, parte general, v. I, Introducción (Revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J.), Madrid, 2006, p. 177.

³⁹⁷ GASCÓN ABELLÁN enseña que “la motivación desempeña también una segunda función endoprosesal no menos importante que la primera y que puede considerarse su complemento: facilitar el control interno de las decisiones judiciales, garantizando así que la exigencia de

adecuación al ordenamiento jurídico, que es el conocimiento de las razones de la decisión y consecuente convencimiento o no de las partes y también de los tribunales superiores, en el caso de su impugnación mediante recurso. En los Estados de Derecho, tan importante es la decisión judicial como los fundamentos en que ella se basa³⁹⁸, porque como hemos comentado, además de su fuerza ejecutiva sobre el caso concreto, también podrá servir de precedente jurisprudencial al ser considerado en futuras demandas. Una resolución judicial sin motivación conlleva perjuicios para el derecho de defensa de la parte que verá imposibilitada de cuestionar en el recurso el fondo de la decisión. Las instancias superiores también se encontrarán en dificultades para valorar el acierto de la sentencia recurrida, a la vez que no podrán identificar las razones de decidir del juez.

1.2 Motivación en la Ley de Enjuiciamiento Civil

Más allá de la previsión constitucional, la motivación de las resoluciones judiciales también está reglamentada en la LEC, en los siguientes términos:

“Art. 218.2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.”

Conforme se observa del texto transcrito, la primera parte de la norma citada relaciona la motivación de los *razonamientos fácticos y jurídicos* expresados en la sentencia así como la *aplicación e interpretación del derecho*. Es decir, los jueces deben pronunciar

actuación racional del poder pueda hacerse efectiva y no quede en una mera proclamación de buenas intenciones”. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid, 2010, p. 179.

³⁹⁸ ATIENZA sostiene que “el Derecho, en todas sus instancias -legislativa, jurisdiccional, doctrinal, etc.-, puede verse como un entramado muy complejo de decisiones vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos. Pero en el Derecho de las sociedades democráticas, lo que importa no son sólo las decisiones, sino las razones -o cierto tipo de razones- que pueden darse en favor de las decisiones”. ATIENZA, M., “El Derecho como...”, cit., p. 39.

sus razonamientos de acuerdo con la aplicación e interpretación del derecho al caso concreto.

La segunda parte del artículo indica los objetos sobre los cuales debe incidir la motivación: *los distintos elementos fácticos y jurídicos*, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose a las reglas de la lógica y la razón. Por lo que se puede afirmar que todos los elementos del pleito deben ser analizados en la resolución judicial, tanto individualmente como en conjunto, de conformidad con las reglas de la lógica y de la razón.

Cumple destacar inicialmente que compete a las partes delimitar los *elementos fácticos* del pleito. El demandante tiene la oportunidad de hacerlo al formular la petición inicial de modo que su contenido se configure en el acto más importante de la parte que reclama la tutela jurisdiccional³⁹⁹. La relevancia de la demanda para la delimitación de los elementos del pleito se puede observar por la regla de preclusión del artículo 400 LEC, según el cual “cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior”⁴⁰⁰, tampoco se permite hacerlo en momento diverso en el mismo proceso. El demandado, a su turno, también contribuye en la determinación de los elementos fácticos del pleito al contestar la demanda, sea ampliando los términos del debate, sea completando los que debe decidir la sentencia⁴⁰¹.

Más allá del derecho material que pueda tener la parte, el éxito de la pretensión jurídica deducida en juicio dependerá de la correcta indicación de los *elementos fácticos* que les

³⁹⁹ THEODORO JUNIOR afirma que “la demanda es el acto más importante de la parte que reclama la tutela jurisdiccional del Estado y que la sentencia es el acto más importante del juez, al prestar la jurisdicción que le es solicitada” (traducción propia). THEODORO JUNIOR, H., *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, Rio de Janeiro, 2007, p. 398.

⁴⁰⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil...*, cit., pp. 276-277.

⁴⁰¹ MONTERO AROCA refiere que frente a la pretensión del demandante, el demandado, al formular su resistencia, “puede limitarse a negar los hechos afirmados por aquél, y con ello no amplía el objeto del debate, pero también puede afirmar hechos propios que sirvan de fundamentación a su resistencia y petición de no condena”. El autor aclara también que los hechos afirmados por el demandado no servirán nunca para determinar el objeto del proceso (que es siempre y sólo la pretensión), pero sí sirven para ampliar los términos del debate y/o completar lo que debe decidirse en la sentencia. MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., pp. 32-33.

conciernen, de los enunciados que sobre ellos sean formulados y de los medios de prueba que puedan ser practicados para su acreditación. De ahí se puede afirmar en cuanto al elemento fáctico del pleito que “el hecho es el <<objeto>> de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que <<es probado>> en el proceso”⁴⁰².

Ya se podría, por tanto, concluir que el dictamen pericial consistiría en el resultado de un medio de prueba sobre el hecho o sobre el enunciado formulado por la parte a su respecto. Puede ser, por ejemplo, que el dictamen niegue la existencia del hecho alegado, de donde se concluye que es posible que el dictamen haga prueba de que el hecho formulado por la parte no ocurrió. De otro modo, también vislumbramos la posibilidad de que el dictamen haya probado que ocurrió un hecho, pero no coincidiendo exactamente con lo enunciado por la parte. De ello podemos inferir que las conclusiones del perito expresadas en el dictamen, correspondiendo o no al enunciado del hecho formulado por la parte, no necesariamente significa que se corresponda con la verdad del hecho, sino a una *versión sobre el hecho*, teniendo en cuenta que tanto el perito como la técnica por él aplicada, además de su susceptibilidad a errores – voluntarios o no-, suelen manifestar las tendencias valorativas del perito, sean ideológicas, políticas, religiosas, culturales, morales, etc. En otras palabras, el dictamen pericial y sus conclusiones no aportan el hecho objeto de la prueba propiamente dicho, ni aporta el conocimiento especializado del perito, sino que confiere al hecho en análisis una versión a partir de la aplicación del método respectivo⁴⁰³.

Tratándose el dictamen de una *versión sobre el hecho*, o sea del “modo que tiene cada uno de referir un mismo suceso”⁴⁰⁴, consideramos que el dictamen no puede ser equiparado, por ejemplo, a una prueba testimonial, una vez que los conocimientos especializados del perito tienen la fuerza de hacer del informe una *versión calificada del hecho*. Por ello es que la jurisprudencia y la doctrina han edificado estándares de

⁴⁰² Según TARUFFO, este correspondería al motivo por lo que, salvo pocas excepciones, se excluiría la posibilidad de que las pruebas versen sobre normas jurídicas. TARUFFO, M., *La prueba de...*, cit., p. 89.

⁴⁰³ En este sentido, PÉREZ GIL asevera que “aportar al proceso una visión o una interpretación científica de los hechos a probar no es una actividad dirigida prioritariamente a transmitir conocimientos especializados al tribunal (algo que puede llegar a ocurrir, pero solo de forma refleja), sino a dar una versión específica de ellos”. PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., pp. 70-71.

⁴⁰⁴ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/>. Fecha de consulta: 4.4.2011.

valoración de la prueba pericial, con base principalmente en los principios de la lógica y de la razón y, últimamente, de acuerdo a los paradigmas de la ciencia ante el creciente uso de las pruebas técnico-científicas en el proceso.

La motivación del dictamen en lo que refiere al elemento fáctico del proceso –o el razonamiento fáctico-, se conformaría con la aplicación del método judicial de valoración de la prueba con la finalidad de verificar su veracidad o probabilidad. La consideración del dictamen en cuanto *razonamiento jurídico*, destinado a conformar la decisión judicial, consiste en sostener la validez de sus conclusiones o su adecuación al derecho material controvertido⁴⁰⁵. No es suficiente para la resolución que la versión del hecho proporcionada por la prueba sea verosímil o probable; se hace la interpretación y aplicación del derecho a través de los razonamientos jurídicos de la sentencia. A título de ejemplificación de lo expuesto, se puede citar una demanda de filiación en la cual se practica una prueba de ADN. El elemento fáctico alegado por la parte demandante es la paternidad; el medio de prueba disponible es el análisis de ADN; la versión calificada del hecho alegado correspondería al resultado de la prueba genética representado por el dictamen pericial; los razonamientos fácticos de la sentencia analizarían la prueba pericial a través de la aplicación de los paradigmas jurisprudenciales y doctrinarios de valoración; y los razonamientos jurídicos interpretarían y aplicarían el derecho de acuerdo con el resultado de los hechos probados.

En definitiva, sostenemos que la prueba pericial deba ser analizada individualmente en los razonamientos fácticos de la sentencia y, a continuación, tras el análisis de la prueba en conjunto, permitir su valoración jurídica para la toma de decisión. Lo que significa que no estamos de acuerdo con que el dictamen pericial pueda ser valorado conjuntamente con las demás pruebas, teniendo en cuenta su relevancia y la complejidad de las actuaciones que constituyen su práctica en el proceso.

⁴⁰⁵ GASCÓN ABELLÁN afirma que “la separación conceptual entre la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*, o entre enunciados normativos y enunciados fácticos –que no sólo es posible y oportuna sino (desde la perspectiva del *cognoscitivism*) también necesaria-, lleva consigo la distinción entre motivación de la premisa jurídica y motivación de la premisa fáctica: mientras justificar un enunciado normativo consiste en sostener con razones su validez, o su corrección, o su justicia, justificar un enunciado fáctico consiste en aducir razones que permitan sostener que es verdadero o probable”. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en...*, cit., pp. 192-193.

1.3 Algunos supuestos de no motivación en la valoración del dictamen pericial

El estudio de la valoración del dictamen pericial requiere, más allá del estudio de los paradigmas jurisprudenciales y doctrinales sobre el tema, el análisis de la forma que esta valoración es plasmada en la resolución judicial. Así como se exige del perito la observancia de criterios objetivos para la emisión de su informe, también se espera del juez que exponga sus razonamientos sobre el dictamen con objetividad y claridad, de modo de permitir el control de la valoración judicial de la prueba pericial⁴⁰⁶, tanto por las partes como por la sociedad, observando los principios de motivación y publicidad de las resoluciones judiciales⁴⁰⁷, los cuales no pueden quedarse en el vacío. La actividad judicial de valoración de la prueba practicada mantiene una estrecha relación con el requisito general de la motivación de la sentencia, “con la finalidad de excluir todo tipo de atisbo de arbitrariedad”⁴⁰⁸.

Pero la naturaleza del conocimiento utilizado por el perito, las técnicas aplicadas y las metodologías empleadas para la aclaración del hecho controvertido pueden contribuir a que no resulte fácil la tarea del juez a la hora de realizar la valoración del dictamen. Según PEREZ GIL, “la realidad nos viene mostrando que la forma con que los tribunales afrontan la irrupción de aportaciones científicas avanzadas en el proceso sirve en muchas ocasiones no tanto para determinar y explicar las razones conducentes a la resolución judicial, cuanto para configurar un sustrato de justificación, formal y aparentemente construida sobre bases dialécticas, pero que materialmente resulta inexpugnable”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ TARUFFO afirma que una de las formas de control de la racionalidad de la valoración de las pruebas es la realizada ex post, “en la medida en que la validez del razonamiento del juez puede ser verificada posteriormente por otros sujetos, mediante los mismos criterios, a través del control sobre la motivación de juicio de hecho”. TARUFFO, M., *La prueba de...*, Ob. cit., p. 422.

⁴⁰⁷ Respecto al doble objetivo de la motivación de las resoluciones judiciales merece destaque la siguiente sentencia: STS (Secc. 1ª) 1841/2002 de 11 de noviembre (Ponente Román Puerta Luis). (Id Cendoj 28079120012002102889). FD 2º: (...) La valoración de la prueba corresponde al Tribunal sentenciador (art. 117.3 C.E. y art. 741 LECrim.), el cual está obligado a motivar suficientemente sus resoluciones (art. 120.3 C.E.), con el doble objetivo de que puedan conocerse públicamente las razones que las sustenten y de que sea posible su control por los órganos judiciales superiores competentes, para evitar toda posible arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 9.3 C.E.) y, al propio tiempo, para dar satisfacción al derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.).

⁴⁰⁸ Son palabras de ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos...*, cit., p. 31.

⁴⁰⁹ PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., p. 35.

Estimamos que la motivación de la sentencia con relación a la prueba pericial *no significa la sistemática repetición y citas de precedentes jurisprudenciales* de criterios de valoración ya consagrados. Tampoco consistiría en la *motivación implícita*⁴¹⁰, que no enuncia las razones que fundan la decisión y puede tener un contenido meramente referencial a las pruebas practicadas, lo que en la práctica puede resultar en una *insuficiencia de motivación*⁴¹¹.

Considerando la existencia de una pauta más o menos consolidada, desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinal, sobre los diversos aspectos que deben ser valorados en el dictamen, sostenemos la necesidad de su sistematización en el cuerpo de la sentencia para que así quizás puedan quedar más claros los motivos reales de la aceptación o del rechazo de las conclusiones del informe pericial.

Analicemos ahora un ejemplo de resolución judicial que se caracteriza por la excesiva repetición de precedentes jurisprudenciales y doctrinales sobre la prueba pericial, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 556/2010 de 3 de diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid, de la cual transcribimos sólo uno de los fundamentos de derecho de lo que se pretende sea considerada como motivación de la prueba pericial⁴¹²:

⁴¹⁰ IGARTUA SALAVERRÍA enseña que “la denominada motivación implícita consiste sintéticamente en suponer que, cuando no se enuncian las razones que fundan una decisión, éstas se infieren de alguna otra decisión tomada por el juez. Así, si el órgano judicial otorga credibilidad al testimonio de Pedro (aduciendo que éste no mantiene vinculación, ni para bien ni para mal, con el acusado) pero se la deniega a la declaración de Pablo, consuegro y socio capitalista del imputado (sin adjuntar un triste motivo), las razones de esa desconfianza se deducen –por obra del argumento e contrario- de las razones que militan a favor de lo testificado por Pedro. Y eso se revela tan luminosamente razonado que obliga a bajar cualquier mirada crítica a ese respecto”. IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación de las sentencias: imperativo constitucional*, Madrid, 2003, pp. 204-205.

⁴¹¹ IGARTUA SALAVERRÍA ejemplifica la motivación insuficiente cuando el juez: no expresa las premisas de sus argumentaciones; no justifica las premisas que no son aceptadas por las partes; no indica los criterios de inferencia que ha manejado; no explicita los criterios de valoración adoptados; no explica los motivos de la preferencia de una alternativa en lugar de otra. *Ibid.*, p. 205.

⁴¹² Conforme POSNER, “si es cierto que la crítica académica cambia el comportamiento judicial, necesitamos de estudios críticos de los jueces”, con el objetivo de “determinar el rigor y la completitud de la opinión del juez; si fue cuidadoso al recurrir al precedente; el valor que añadió a los informes, argumentos y contribuciones que fueron hechas por parte de los secretarios judiciales y otros jueces y, por tanto, la originalidad de la opinión en cuestión; y qué añadió, si es que añadió algo, a la comprensión a nivel teórico del problema”. POSNER, R. A., *Cómo deciden los jueces* (traducción de Victoria Roca Pérez), Madrid, 2011, p. 244.

“SAP Madrid (Secc. 10ª) 556/2010 de 3 de diciembre (Rec.: 596/2010, ponente: Illesca Rus). (Id Cendoj 28079370102010100543). “FD 15º (...) Acerca de los segundos, porque «si el Juez posee privadamente los conocimientos técnicos proporcionados por el Perito, se encontrará en inmejorables condiciones para realizar una labor crítica del dictamen pericial»; y si carece de tales conocimientos, puede procurárselos mediante la investigación privada en las fuentes adecuadas tales como «libros y publicaciones técnicas»; y en tercer lugar –sistema que no resulta de aplicación bajo el régimen de la LEC 1/2000-- «cuando el Juez tenga fundadas sospechas en torno a la exactitud de las máximas de experiencia técnicas proporcionadas por el Perito, y no pueda resolverlas privadamente, siempre podrá acudir a un nuevo dictamen pericial que le permita superar su limitación individual». La apelación a las «reglas de la sana crítica» como criterio rector de la valoración de la prueba pericial por los órganos jurisdiccionales Vide, SS.T.S., Sala Primera, de 16 de diciembre de 1977 (C.D., 77C69); 16 de octubre de 1980 (C.D., 80C133); 14 de febrero de 1981 (C.D., 81C190); 9 de octubre de 1981 (C.D., 81C541); 19 de octubre de 1981 (C.D., 81C567); 22 de diciembre de 1981 (C.D., 81C765); 10 de mayo de 1982 (C.D., 82C267); 14 de junio de 1982 (C.D., 82C476); 11 de enero de 1983 (C.D., 83C20); 10 de febrero de 1983 (C.D., 83C167); 22 de febrero de 1988 (C.D., 88C23); 28 de febrero de 1983 (C.D., 83C165); 6 de febrero de 1984 (C.D., 84C99); 14 de febrero de 1984 (C.D., 84C88); 10 de marzo de 1984 (C.D., 84C188); 20 de noviembre de 1984 (C.D., 84C861); 13 de marzo de 1985 (C.D., 85C165); 26 de marzo de 1985 (C.D., 85C246); 7 de junio de 1985 (C.D., 85C414); 17 de junio de 1985 (C.D., 85C613); 2 de diciembre de 1985 (C.D., 85C999); 25 de abril de 1986 (C.D., 86C354); 8 de mayo de 1986 (C.D., 86C360); 25 de mayo de 1987 (C.D., 87C451); 17 de junio de 1987 (C.D., 87C633); 26 de junio de 1987 (C.D., 87C598); 15 de julio de 1987 (C.D., 87C581); 27 de octubre de 1987 (C.D., 87C850); 28 de octubre de 1987 (C.D., 87C891); 6 de noviembre de 1987 (C.D., 87C854); 20 de noviembre de 1987 (C.D., 87C1013); 30 de noviembre de 1987 (C.D., 87C986); 17 de diciembre de 1987 (C.D., 87C1064); 22 de febrero de 1988 (C.D., 88C23); 29 de febrero de 1988 (C.D., 88C117); 29 de febrero de 1988 (C.D., 88C164); 4 de marzo de 1988 (C.D., 88C310); 14 de marzo de 1988 (C.D., 88C169); 17 de marzo de 1988 (C.D., 88C314); 22 de marzo de 1988 (C.D., 88C304); 21 de abril de 1988 (C.D., 88C318); 3 de junio de 1988 (C.D., 88C570); 23 de junio de 1988 (C.D., 88C539); 8 de julio de 1988 (C.D., 88C873); 18 de julio de 1988 (C.D., 88C863); 16 de septiembre de 1988 (C.D., 88C865); 22 de septiembre de 1988 (C.D., 88C869); 5 de octubre de 1988 (C.D., 88C1021); 10 de octubre de 1988 (C.D., 88C870); 27 de octubre de 1988 (C.D., 88C1125); 12 de noviembre de 1988 (C.D., 88C989); 18 de noviembre de 1988 (C.D., 88C1253); 8 de febrero de 1989 (C.D., 89C82); 22 de febrero de 1989 (C.D., 89C250); 27 de febrero de 1989 (C.D., 89C215); 8 de marzo de 1989 (C.D., 89C415); 21 de abril de 1989 (C.D., 89C456); 8 de mayo de 1989 (C.D., 89C455); 10 de mayo de 1989 (C.D., 89C637); 29 de mayo de 1989 (C.D., 89C606); 30 de mayo de 1989 (C.D., 89C613); 12 de junio de 1989 (C.D., 89C663); 20 de junio de 1989 (C.D., 89C798); 25 de septiembre de 1989 (C.D., 89C986); 10 de noviembre de 1989 (C.D., 89C1300); 14 de noviembre de 1989 (C.D., 89C1345); 4 de diciembre de 1989 (C.D., 89C1499); 24 de enero de 1990 (C.D., 90C329); 13 de febrero de 1990 (C.D., 90C183); 23 de febrero de 1990 (C.D., 90C02079); 18 de mayo de 1990 (C.D., 90C821); 30 de mayo de 1990 (C.D., 90C618); 1 de octubre de 1990 (C.D., 90C913); 2 de octubre de 1990 (C.D., 90C875); 20 de febrero de 1991 (C.D., 91C180); 1 de marzo de 1991 (C.D., 91C88); 22 de marzo de 1991 (C.D., 91C218); 15 de julio de 1991 (C.D., 91C781); 15 de octubre de 1991 (C.D., 91C938); 25 de noviembre de 1991 (C.D., 91C1402); 19 de diciembre de 1991 (C.D.,

91C1399); 20 de diciembre de 1991 (C.D., 91C1329); 20 de diciembre de 1991 (C.D., 91C1357); 26 de diciembre de 1991 (C.D., 91C1445); 20 de febrero de 1992 (C.D., 92C186); 24 de febrero de 1992 (C.D., 92C217); 10 de junio de 1992 (C.D., 92C595); 10 de junio de 1992 (C.D., 92C638); 17 de junio de 1992 (C.D., 92C641); 22 de junio de 1992 (C.D., 92C903); 30 de julio de 1992 (C.D., 92C845); 28 de noviembre de 1992 (C.D., 92C11129); 17 de diciembre de 1992 (C.D., 92C1357); 28 de abril de 1993 (C.D., 93C384); 4 de mayo de 1993 (C.D., 93C385); 6 de septiembre de 1993 (C.D., 93C762); 16 de diciembre de 1993 (C.D., 93C12055); 7 de marzo de 1994 (C.D., 94C03038); 10 de marzo de 1994 (C.D., 94C144); 23 de abril de 1994 (C.D., 94C04051); 2 de mayo de 1994 (C.D., 94C05001); 28 de julio de 1994 (C.D., 94C07119); 11 de octubre de 1994 (C.D., 94C716); 18 de octubre de 1994 (C.D., 94C10057); 28 de octubre de 1994 (C.D., 94C10110); 7 de noviembre de 1994 (C.D., 94C838); 30 de noviembre de 1994 (C.D., 94C11113); 30 de enero de 1995 (C.D., 95C57); 9 de marzo de 1995 (C.D., 95C167); 3 de abril de 1995 (C.D., 95C341); 26 de abril de 1995 (C.D., 95C370); 17 de mayo de 1995 (C.D., 95C423); 3 de julio de 1995 (C.D., 95C1305); 10 de noviembre de 1995 (C.D., 95C862); 12 de febrero de 1996 (C.D., 96C90); 19 de febrero de 1996 (C.D., 96C263); 14 de mayo de 1996 (C.D., 96C599); 1 de julio de 1996 (C.D., 96C995); 26 de julio de 1996 (C.D., 96C887); 8 de noviembre de 1996 (C.D., 96C1824); 31 de diciembre de 1996 (C.D., 96C1819); 27 de febrero de 1997 (C.D., 97C778); 20 de marzo de 1997 (C.D., 97C513); 1 de abril de 1997 (C.D., 97C605); 21 de julio de 1997 (C.D., 97C1396); 21 de julio de 1997 (C.D., 97C1414); 31 de julio de 1997 (C.D., 97C1757); 26 de septiembre de 1997 (C.D., 97C1756); 10 de noviembre de 1997 (C.D., 97C2416); 28 de enero de 1998 (C.D., 98C482); 4 de febrero de 1998 (C.D., 98C399); 11 de abril de 1998 (C.D., 98C618); 11 de mayo de 1998 (C.D., 98C806); 8 de julio de 1998 (C.D., 98C967); 19 de septiembre de 1998 (C.D., 98C1336); 5 de octubre de 1998 (C.D., 98C1343); 16 de octubre de 1998 (C.D., 98C1541); 30 de diciembre de 1998 (C.D., 98C2243); 18 de enero de 1999 (C.D., 99C66); 26 de febrero de 1999 (C.D., 99C216); 16 de marzo de 1999 (C.D., 99C345); 4 de mayo de 1999 (C.D., 99C558); 28 de junio de 1999 (C.D., 99C557); 30 de julio de 1999 (C.D., 99C959); 9 de octubre de 1999 (C.D., 99C1339); 21 de octubre de 1999 (C.D., 99C1338); 16 de noviembre de 1999 (C.D., 99C1385); 21 de enero de 2000 (C.D., 00C5); 6 de abril de 2000 (C.D., 00C541); 12 de abril de 2000 (C.D., 00C1028); 10 de junio de 2000 (C.D., 00C1027); 22 de julio de 2000 (C.D., 00C1488); 24 de julio de 2000 (C.D., 00C1489); 31 de julio de 2000 (C.D., 00C1340); y, 16 de octubre de 2000 (C.D., 00C1596), entre otras no comporta, pues, y pese a que mayoritariamente la jurisprudencia sostiene que la pericia es de apreciación libre «"... la prueba pericial es de libre apreciación por el juez (SS. de 9 de octubre de 1981, 19 de octubre de 1982, 27 de febrero, 8 de mayo, 10 de mayo, 25 de octubre y 5 de noviembre de 1986; 9 de febrero, 25 de mayo, 17 de junio, 15 y 17 de julio de 1987; 9 de junio y 12 de noviembre de 1988; 14 de abril, 20 de junio y 9 de diciembre de 1989)... El Juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial y no se permite la impugnación casacional de la valoración realizada a menos que sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica (SS. de 13 de febrero de 1990; 29 de enero, 20 de febrero y 25 de noviembre de 1991 ...", o abiertamente se aparta lo apreciado por la Sala "a quo" del propio contexto o expresividad del contenido pericial. (S. 13 de junio de 2000)» (S.T.S., Sala Primera, de 23 de octubre de 2000; C.D., 00C1597). Vide, asimismo, SS.T.S., Sala Primera, de 22 de septiembre de 1988 (C.D., 88C869); 7 de noviembre de 1994 (C.D., 94C838); 11 de abril de 1998 (C.D., 98C619) -- que cita, a su vez, las SS.T.S., de 9 de octubre de 1981; 19 de octubre de 1982; 13 de mayo de 1983; 27 de febrero, 8 de mayo, 25 de octubre y 5 de noviembre

de 1986; 9 de febrero, 25 de mayo, 17 de junio, 15 y 17 de julio de 1987; 9 de junio y 12 de noviembre de 1988; 11 de abril, 20 de junio y 9 de diciembre de 1989--; 16 de octubre de 1998 (C.D., 98C1541); 26 de febrero de 1999 (C.D., 99C216); 16 de marzo de 1999 (C.D., 99C345); 16 de noviembre de 1999 (C.D., 99C1385); y 22 de julio de 2000 (C.D., 00C1488), entre otras, la consagración del más irrestricto albedrío ponderativo.”

Pasemos al análisis de los fundamentos de derecho de la sentencia referida.

El *Fundamento de Derecho 1º* de la sentencia analizada *acepta y da aquí por reproducidos en gracia a la economía procesal los razonamientos jurídicos de la resolución recurrida en cuanto no aparezcan contradichos o desvirtuados por los que se expresan a continuación*. Estimamos que las referencias a la sentencia recurrida y sus fundamentos podrían estar más adecuadamente situados en los *Antecedentes de Hecho* de la resolución y no en los *Fundamentos de Derecho*. Además no nos parece razonado que se pueda hacer la *reproducción ficticia* de la sentencia recurrida, ni siquiera a título de economía procesal. Máxime, como en el caso, en que el juez afirma que se dan por aceptados los razonamientos de la sentencia recurrida *en cuanto no aparezcan contradichos o desvirtuados por los razonamientos que se expresan a continuación*. Pero inmediatamente, conforme veremos, se expresan diversos y distintos razonamientos jurídicos sobre los temas jurídicos en discusión mediante *excesivas citas de precedentes jurisprudenciales*. Ello, por un lado, puede confundir al lector de la sentencia acerca de cuáles de los fundamentos de la sentencia recurrida fueron aceptados y cuales fueron rechazados, y, por otro lado, puede permitir al juzgador un amplio margen de maniobra de los argumentos en el sentido de mantener o revisar la decisión apelada. Consideramos que una actuación más plausible del juzgador de segunda instancia podría ser especificar los razonamientos jurídicos de la sentencia recurrida que mereciesen revisión y expresar las razones de su desacierto.

El *Fundamento de Derecho 2º* transcribe todas las alegaciones del recurrente, utilizándose para ello más de cinco páginas, y se refiere al escrito de oposición al recurso en sólo un párrafo de tres líneas. Esta técnica de reproducir íntegramente las alegaciones de las partes en los *Fundamentos de Derecho* no nos parece adecuada. Estimamos que los Fundamentos de Derecho deben estar reservados para los razonamientos fácticos y jurídicos del juzgador y no para las transcripciones de los escritos de las partes, los cuales deberían figurar en los *Antecedentes de Hecho* de la sentencia. Admitirlo de modo contrario no contribuye a la exigida claridad y objetividad de la sentencia, a la vez que se ven mezclados los argumentos de las partes con los del

juzgador. Observamos también que, en el caso, hubo una desproporción entre las transcripciones ya que todas las alegaciones del recurrente fueran plasmadas en la sentencia mientras no se hizo constancia a las efectuadas por el recurrido. De ahí ya se podría intuir la tendencia de la decisión en estimar el recurso presentado.

La resolución comentada, desde el *Fundamento de Derecho 3º* hasta el *Fundamento de Derecho 25º*, desarrolla un estilo de razonamiento basado en una excesiva y engorrosa referencia a precedentes jurisprudenciales sobre los diversos temas jurídicos abordados, en un total de 670 citas (incluyendo las citas que se encuentran en las transcripciones literales de sentencias). La mayoría de las sentencias citadas fueran dictadas por el Tribunal Supremo y son de distintas fechas, siendo la más antigua de 9 de febrero de 1935 y la más reciente de 29 de noviembre de 2005, distribuidas en la forma presentada en la siguiente Tabla:

TABLA N° 1⁴¹³

F.D.	ASUNTO	FECHA DE LA SENTENCIA MÁS ANTIGUA CITADA	FECHA DE LA SENTENCIA MÁS RECIENTE CITADA	NÚMERO DE SENTENCIA CITADAS
3°	Las facultades del órgano <i>ad quem</i>	15.1.1996	20.12.2004	8
4°	La valoración efectuada por los órganos de instancia es inatacable, salvo en ocasiones especiales	23.3.1963	12.5.2003	19
5°	Carga de la prueba	3.6.1935	10.5.1993	28
6°	Reglas sobre el carácter afirmativo o negativo del hecho necesitado de prueba	9.2.1935	13.10.1988	22
7°	Hechos jurídicos	-	-	-
8°	Hechos constitutivos y hechos impeditivos	4.12.1964	16.6.1970	4
9°	La apreciación de la prueba documental privada y pericial	-	-	-
10°	Documento privado reconocido	6.7.1982	31.12.1992	29
11°	Documento privado no reconocido	24.2.1949	16.11.1992	34
12°	Documento privado no impugnado	12.6.1986	10.2.1995	5
13°	La prueba de peritos	-	-	-
14°	Eficacia y trascendencia del medio de prueba	16.12.1977	4.6.2001	46
15°	Reglas de la sana crítica	9.10.1981	16.10.2000	196
16°	El juez no está obligado a sujetarse al dictamen	6.3.1948	4.6.2001	65
17°	Utilización obligada de principios y máximas	7.12.1981	22.7.2000	29
18°	Cuando la apreciación contrarie la sana crítica	25.10.1986	4.6.2001	45
19°	Omisión de datos o conceptos del dictamen	7.1.1991	21.1.2000	4
20°	El juez se aparta del contenido pericial	20.2.1992	23.10.2000	5
21°	Valoración ilógica	2.10.1958	13.11.1995	22
22°	Valoración arbitraria	18.5.1990	20.5.1996	02
23°	Valoración no coherente	9.1.1991	31.7.2000	25
24°	Caso fortuito derivado de hechos insólitos	18.11.1980	29.11.2005	07
25°	Causas de exclusión de la responsabilidad	25.4.1990	5.6.1998	75
			TOTAL	670

⁴¹³

Elaboración propia a partir de los datos de la SAP Madrid (Secc. 10ª) 556/2010 de 3 de diciembre, en la cual F.D. corresponde a Fundamento de Derecho.

No se puede negar que el juzgador, al utilizar esta técnica, demuestra sus profundos conocimientos respecto a los asuntos enfrentados, principalmente con relación a la evolución de la doctrina jurisprudencial y al uso de las base de datos. Este conocimiento de inestimable valor académico e histórico puede cumplir una importante función en el desarrollo científico del derecho. No obstante las resoluciones judiciales no tienen como destinatarios únicamente a los juristas y operadores del derecho. Antes que todo tienen como misión resolver los conflictos de intereses surgidos en el seno de la sociedad, que suelen ocurrir entre personas de las más diversas clases sociales, las cuales no estarían interesadas en conocer la doctrina jurídica general sobre cada uno de los asuntos que son relevantes para la resolución de su demanda. Lo que quieren las partes y la sociedad es saber las razones de la admisión o rechazo de su pretensión en la forma más clara y objetiva posible; en otras palabras, la sentencia debe ser inteligible también al lego y no apenas a los juristas. Por ello es que concluimos que, con excepción de los *juicios políticos*, referentes a las resoluciones de los tribunales constitucionales, las sentencias judiciales no deben pretender impartir una *lección teórica* de derecho respecto a cuestiones generales de los temas enfrentados⁴¹⁴. Esto no sirve ni a los juristas, porque ya los conocen, ni a las partes de la demanda, porque no tienen interés en saberlo. Lo que se requiere es que desarrolle unos razonamientos bien concretos y específicos sobre los hechos y fundamentos controvertidos de la demanda, haciendo constancia de los motivos por los cuales se decide en un u otro sentido.

Lo que acabamos de exponer no implica que neguemos la importancia de los precedentes judiciales en el razonamiento jurídico, pero ello no significa que sea admitido el abuso en el uso de los precedentes como forma de escamotear la motivación de la decisión. “A pesar de que sean dos los fundamentos que justifican el recurso a la jurisprudencia por los jueces y tribunales (la autoridad de la jurisprudencia y el ejemplo de interpretación), la vaguedad y falta de precisión que caracterizan su uso hace pensar

⁴¹⁴ POSNER, al tratar del tema los jueces no son profesores, enseña que “un artículo de una revista de derecho puede posicionarse a favor o en contra de que los derechos de propiedad intelectual hayan sido construidos de forma excesivamente amplia y deban ser recortados. (...) Del juez se requiere que, en un caso como éste, se pregunte qué resultado será más razonable, más sensato y ello teniendo en mente el abanico de consideraciones admisibles a la hora de decidir un caso, que incluyen el lenguaje de la ley, los precedentes y los otros materiales convencionales para la toma de decisiones judiciales, pero que no se limita a éstos, sino que es preciso añadir también el sentido común, las preferencias en materias políticas y, con frecuencia, muchas otras cosas más”. POSNER, R. A., *Cómo deciden los...*, cit., p. 232.

que sea el elemento autoritativo, más que el ejemplificador, lo que persuade al juez a usarla”⁴¹⁵.

Desde esta perspectiva, el uso indiscriminado de los precedentes se destina a servir de escudo al juzgador ante la instancia superior o sus propios pares, que como instrumento de unificación de criterios y líneas interpretativas del derecho. En la sentencia comentada, por ejemplo, podemos imaginar las dificultades o incluso la imposibilidad de consultar cada una de las sentencias mencionadas, con la finalidad de verificar si su contenido y criterios interpretativos guardan relación de identidad o similitud con el caso concreto. Mencionar doctrinas generales no contribuye para la racionalidad de la sentencia y puede representar el incumplimiento de los principios y garantías procesales inherentes al deber de motivación de las resoluciones judiciales. Se podría plantear que esta técnica del uso de la jurisprudencia se encuentra casi absolutamente fuera de sus propósitos reales, ya que en nada favorece a la evolución y uniformización doctrinal y tampoco justifica y clarifica su adopción en el caso analizado.

Estimamos que el derecho de la parte a la *tutela judicial efectiva* no se trata de obligarla a tener conocimiento de toda la doctrina existente sobre el asunto enjuiciado, sino que incluye el derecho a saber, entre los criterios interpretativos existentes, cuales fueron efectivamente utilizados y por cuales motivos. La excesiva repetición de precedentes jurisprudenciales puede provocar confusiones y dudas en el lector de la sentencia respecto a las razones que motivaron al juez a decidir en un sentido o en otro. En el decir de KOCH/RÜBMANN, citado por E. SALAS, “la motivación de una sentencia que constituya un verdadero *potpourri* de puntos de vista heterogéneos, no resulta del todo accesible a la crítica”⁴¹⁶. En el mismo sentido, ANDRÉS IBÁNEZ afirma, con relación a los fundamentos de derecho, que “sería bueno despejar las resoluciones de innecesaria *erudición de disco duro*, de lujosas citas jurisprudenciales que, muchas veces, nada aportan, y reservar el correspondiente esfuerzo para cuando verdaderamente

⁴¹⁵ MORAL SORIANO, L., *El precedente jurisprudencial*, cit., p. 175.

⁴¹⁶ SALAS, M. E., “¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 13, 2006, p. 3. Disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/13/minor.pdf>. Fecha de consulta: 27.4.2011.

lo exija el guión porque se haya planteado un auténtico problema de interpretación o de subsunción”⁴¹⁷.

Pero, si por un lado se puede considerar como verdadero que el exceso de citas jurisprudenciales en la motivación pueda representar el incumplimiento del deber del juez de justificar su decisión, por otro, también podría ser considerado verdadero el argumento de la *insuficiencia* de motivación en la *motivación implícita*⁴¹⁸, que “tiene lugar cuando la determinación de un hecho o la valoración de una prueba, a los que el juez no se refiere, serían incompatibles con otro hecho, o con otra prueba, a los que el juez hace referencia”⁴¹⁹. Es lo que se puede observar en la Sentencia 600/2010, de 24 de noviembre de la Audiencia Provincial de Barcelona, que consiste en la somera remisión al contenido de los informes periciales y algunas referencias a las normas de valoración de la prueba, conforme transcrita a continuación:

“SAP Barcelona (Secc. 11ª) 600/2010 de 24 de noviembre (Rec.: 426/2009, ponente: Herrando Millán). (Id Cendoj 08019370112010100437). FD 3º: (...) Respecto al error en la valoración de la prueba pericial realizada por el Juez a quo. La Jurisprudencia ha establecido, al respecto, que "la prueba pericial debe ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, que como módulo valorativo establece el *art. 348 de la LEC*, pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial, y sin que se permita la impugnación casacional a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica (entre otras, SS. TS. 13-2-90; 29-1-91; 11-10-94; 1-3, 23-4-2004; 29-5-08) "S.TS. 22-7-09; y de concurrir varias pruebas periciales pueden "optar por la que se les presente como más objetiva y ajustada a la realidad del pleito e incluso atender en parte a las diversas periciales concurrentes en aquello que estimen de interés y en relación a las demás pruebas" STS. 6-4-00). En el presente caso el Juez de instancia se inclinó por una apreciación pericial respecto a la obra ejecutada por su contenido y apreciación personal e inmediatez en el acto del juicio y práctica de las pruebas (F. Dº 3º), así como los razonamientos dados por los peritos en sus respectivos informes. Por lo que debe mantenerse el criterio de instancia al no infringir norma razonable de valoración contrariando las normas de la sana crítica o de la lógica. En el fondo la parte procesal pretende sustituir el criterio, objetivo, imparcial basado en la realidad e inmediatez de la prueba,

⁴¹⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “<<Carpintería>> de la sentencia penal (en materia de hechos)”, *En torno a la jurisdicción* (con prólogo de Alberto Bovino), Buenos Aires, 2007, p. 249.

⁴¹⁸ PÉREZ GIL sostiene que “la llamada motivación implícita, que implica delegar la racionalidad de una decisión judicial al contenido de la prueba, podría erigirse entonces en una forma de escamotear la apreciación judicial de los hechos relevantes”. PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., p. 36.

⁴¹⁹ TARUFFO complementa que “la motivación implícita es una no-motivación, ya que la determinación de un hecho incompatible o la valoración de una prueba contraria, no implica que esté justificada la exclusión –de la motivación– de toda referencia a otro hecho o a otra prueba”. TARUFFO, M., *Simplemente la verdad...*, cit., p. 270.

por el subjetivo, parcial e interesado, aunque justificable, de la parte procesal. Por lo que decae el recurso.”

Antes de seguir con los comentarios sobre el exceso y la insuficiencia de argumentos en cuanto a la motivación de las sentencias, permitámonos una breve reflexión sobre el uso de una razón -que se ve en la sentencia antes referida- y frecuentemente se utiliza para desestimar el recurso basado en el error en la valoración del dictamen: *la valoración de las pruebas corresponde a los tribunales y no a las partes*. Consideraríamos innecesario y fuera de propósito su adopción por los siguientes motivos:

1) Por un lado, no parece haber dudas acerca de que la valoración de las pruebas corresponde a los órganos del poder judicial pero también corresponde a los jueces y tribunales la potestad jurisdiccional de la toma de decisión. Admitir como razonado este argumento, basado en el argumento de autoridad de la persona que dicta la sentencia, implicaría también reconocer que no es necesario el uso de cualquier otro fundamento por el juez para decidir las demandas, lo que no es verdadero.

2) Por otro lado, tampoco parece haber duda que a las partes le son conferidos el uso de los instrumentos procesales indispensables para el acceso a la jurisdicción y sus recursos como forma de participación directa en la formación de la convicción del juzgador. Y nada más normal que la parte lo haga bajo su punto de vista y respectivos intereses, no tratándose, por tanto, de la *voluntad de querer imponer su valoración parcial e interesada*, sino de utilizar un medio previsto en el ordenamiento jurídico para intentar hacer valer su pretensión. Para ello la parte también se expone a un eventual reconocimiento judicial de abuso de derecho con sus consecuentes sanciones procesales previstas en ley⁴²⁰. Eso sí, nos parece razonado que el tribunal pueda -y deba-, hacerlo en estos términos cuando se presente el recurso; en el caso contrario, no

⁴²⁰ CORDÓN MORENO, comentando el artículo 247 LEC, que trata sobre el respeto a la buena fe procesal y a las multas por su incumplimiento, afirma que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha precisado los contornos del abuso de derecho, tanto en ámbito sustantivo como procesal, constituyendo como abusiva, de entre otras, “las impugnaciones y recursos dentro del procedimiento con el objetivo de retrasarlo”. CORDÓN MORENO, F. [et al.] (Coord.), *Comentarios a la...*, cit., p. 911.

podría el tribunal utilizar el argumento en análisis como elemento informador de su motivación sobre las pruebas practicadas.

Pero volviendo al tema en análisis, si consideramos que, si al argumento de que el exceso de citas sobre los precedentes jurisprudenciales no es sinónimo de motivación de la sentencia, en la medida que puede confundir los fundamentos de la decisión; la opción por un método de estilo lacónico no representaría necesariamente la solución al problema, como hemos visto en la anterior sentencia transcrita⁴²¹. En la sentencia referenciada, el juzgador consideró razonados los fundamentos de la sentencia de instancia relacionados con la valoración de la prueba pericial, por lo que podría haberlos transcritos integralmente en su resolución y no limitarse a hacer referencias a dicha sentencia.

Tanto el exceso de argumentos y citas como la brevedad de la motivación pueden ocultar o falsear los motivos reales de la motivación y causar perjuicios al derecho a la tutela judicial efectiva. Se podría por tanto, concluir que existen dificultades reales a la hora de objetivar la *motivación* de una sentencia, teniendo en cuenta que lo que puede parecer fundamentado al que escribe, puede no serlo para el lector de la resolución⁴²². De igual modo, ante la misma resolución judicial, el vencedor de la demanda puede atribuir a la decisión como la más fundamentada que haya visto, mientras que el perdedor puede considerarla absolutamente desprovista de fundamento.

Enfrentados ya el reconocimiento de estos obstáculos relacionados con la formulación e inteligibilidad de los fundamentos jurídicos de una sentencia, consideramos que ello no nos puede impedir plantear la posibilidad de la adopción de un modelo más pragmático,

⁴²¹ MONTERO AROCA concluye que “será motivación suficiente (concepto jurídico indeterminado) aquella que permita conocer la razón de decidir, independientemente de la parquedad o extensión del razonamiento expresado, pues lo importante es que quede excluido el mero voluntarismo o la arbitrariedad del juzgador”. MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 627.

⁴²² En este sentido, SALAS, comentando sobre la polisemia y ambigüedad del término fundamentar, afirma que “lo que para mí es una “fundamentación” suficiente no lo es para otra persona, pues generalmente lo que se ofrece como “fundamento” no es más que un juicio axiológico que no tiene por qué ser aceptado por todo el mundo. Siempre es posible cuestionar el “fundamento” que se ofrezca como justificación de una acción”. Y, más, citando HABA, asevera que “la circunstancia de elegir un fundamento determinado, apoyar cierta conclusión sobre un razonamiento dado, siempre comporta cierto grado de arbitrariedad: ¿por qué tomar el fundamento X en vez del fundamento Y?”. SALAS, M. E., “¿Qué significa fundamentar...”, cit., p. 9.

objetivo y uniforme de los razonamientos de una sentencia⁴²³, particularmente en cuanto a la valoración de la prueba pericial, lo que analizaremos pormenorizadamente en el próximo capítulo del presente trabajo. Una propuesta con estas características podría servir para evitar los excesos y las brevedades, así como disminuir los márgenes del subjetivismo, mediante la combinación de criterios ya reconocidos por la doctrina jurisprudencial -normas aplicables- y los elementos de los dictámenes del caso concreto. Quizá se pueda lograr más eficacia en la objetiva demostración de las razones de la valoración del dictamen en la resolución judicial.

2 FORMA Y CONTENIDO DE LA MOTIVACIÓN

2.1 Orden de motivación de las pruebas

Llegados a este punto nos preguntamos: ¿Existe un orden establecido por ley para la plasmación de la valoración de las pruebas en la sentencia? ¿Qué refiere la doctrina respecto a este tema? Y, en cuanto al dictamen pericial, ¿debería ser valorado antes o después de las demás pruebas practicadas? En este apartado intentaremos dar respuesta a la plasmación de las pruebas referidas en la sentencia y la regulación que existe sobre esta, así como la doctrina al respecto.

El artículo 209 LEC, al establecer reglas especiales sobre la forma y el contenido de las sentencias, parece haber adoptado una postura más pragmática a esas cuestiones suscitadas en el apartado anterior. Ello prácticamente divide la sentencia en cuatro partes bien estructuradas: el encabezamiento; los antecedentes de hecho; los fundamentos de derecho; el fallo o parte dispositiva.

Interesa ahora analizar los aspectos relativos a los *fundamentos de derecho* de la sentencia, que deben referir a los razonamientos jurídicos de hecho y de derecho de la toma de decisión. Los fundamentos de derecho corresponden a los elementos de la

⁴²³ Creemos que, de algún modo, podría corresponder a la técnica analítica de motivación sostenida por ANDRÉS IBÁÑEZ, que afirma que “la motivación debe ilustrar necesariamente acerca del proceso de formación de la convicción: debe dejar constancia de los datos empíricos que se valoran como probatorios, de las inferencias realizadas a partir de los mismos, y de los criterios que se haya hecho uso para obtener de ellos la conclusión en qué consisten los hechos probados”. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza”, *Jueces para la Democracia*, n. 22, 1994, p. 91. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=De+nuevo+sobre+motivaci%C3%B3n+de+los+hechos.+Respuesta+a+Manuel+Atienza&db=1&td=todo>. Fecha de consulta: 2.5.2011.

sentencia destinados a su *motivación*. De rigor, en ellos no se deberían hacer constancia a las alegaciones de las partes como hemos visto en la SAP Madrid (Secc. 10ª) 556/2010 de 3 de diciembre. Tampoco no se debería hacer constar en los fundamentos de derecho las cuestiones relativas al fallo de la sentencia, aunque excepcionalmente se admita la estimación o desestimación de algunas de las pretensiones de las partes en ellos, así como el pronunciamiento sobre las costas.

El artículo 209.3 LEC no parece dejar dudas en cuanto al necesario enfrentamiento del juez, en los fundamentos de derecho, a las cuestiones fácticas y jurídicas fijadas por las partes. Sin embargo en la práctica la motivación se hará mediante los *razonamientos fácticos* y los *razonamientos jurídicos*, expresados en párrafos separados y numerados, en forma de fundamentos de derecho⁴²⁴. El Estado-juez se ve en la obligación de fundamentar los enunciados de hecho y jurídicos formulados por las partes de modo de proporcionar la adecuada comprensión en la interpretación y aplicación del Derecho⁴²⁵. La expresión de los fundamentos de derecho a través de párrafos debidamente numerados permite identificarlos y referenciarlos, sea para fines de la interposición y juzgamiento del recurso, sea para fines extraprocesales, tales como citas académicas, informes periodísticos o referencias históricas.

En este contexto, el dictamen pericial también se encuentra sometido a la motivación en la sentencia en cuanto *versión calificada de un hecho*. Y quizá este carácter de hecho calificado por la aplicación de un conocimiento especializado pueda generar dificultades al juzgador en el momento de apreciar la prueba pericial, especialmente en el modelo de aplicación de las reglas jurisprudenciales de la sana crítica, adoptado por el ordenamiento español, a las cuales se pueden añadir los criterios doctrinales para la valoración de la prueba científica o técnica. Pero ante esta constatación de dificultades,

⁴²⁴ INIESTA DELGADO afirma que “hay que tener en cuenta, en todo caso, que la práctica jurisprudencial difiere, al menos en el proceso civil, de la previsión legal, tendiendo a recoger juntos motivos jurídicos y motivos factuales en los párrafos incluidos bajo la denominación <<Fundamentos de derecho>>. Esto no es más que el reflejo de la inescindibilidad de las argumentaciones factual y jurídica en el proceso de motivación que, necesariamente se contraponen a la obligación de consignar en la sentencia ambos elementos debidamente acotados”. INIESTA DELGADO, J. J., *Enunciados jurídicos en...*, cit., pp. 48-49.

⁴²⁵ Conforme CABAÑAS GARCÍA, “una motivación que cabe exigir, asimismo, respecto de la premisa menor o juicio sobre los hechos como autorizadamente reclama la doctrina, vía artículo 120.3 de la Constitución, si se considera que la disposición constitucional no distingue entre argumentos de hecho y de Derecho”. CABAÑAS GARCÍA, J. C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil: estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, 1992, pp. 234-235.

compartimos de la opinión de TARUFFO, que indica como remedio la no eliminación de la discrecionalidad del juez y el retorno a algún sistema de prueba tasada, sino “en la construcción o en la implementación de controles racionales y procedimentales que puedan asegurar un <<buen uso>> de la discrecionalidad en las elecciones relativas a la utilización y a la valoración de las pruebas”⁴²⁶.

Por tanto, estimamos que la valoración judicial del dictamen debe ser motivada en los fundamentos de derecho de la sentencia a ella correspondientes, lo que exige del juez el previo reconocimiento y la efectiva aplicación de las pautas jurisprudenciales y doctrinarias sobre la materia. Ello podría objetivar, simplificar y uniformizar los criterios utilizados para la aceptación o el rechazo de las conclusiones del dictamen⁴²⁷. Desde luego, consideramos necesario destacar que no se trata de imponer reglas limitadoras al poder jurisdiccional en la motivación del dictamen pericial. Tampoco representa un intento de restringir la misión creadora del juzgador de acuerdo con los casos concretos⁴²⁸. El reconocimiento de los paradigmas doctrinarios de valoración de las pruebas periciales y su uso en el momento de motivar la sentencia puede facilitar la actividad judicial sin quitarle el poder de determinar el contenido de su valor jurídico aplicable en el caso concreto. Apenas podrá servir de brújula orientadora para permitir el establecimiento de un orden de análisis de los diversos elementos de la prueba pericial en la sentencia.

Por consiguiente, consideramos la hipótesis de formular una propuesta que pudiese representar un intento de añadir técnicas más sencillas y eficientes a la técnica de estructuración de la sentencia y al estilo de su motivación, principalmente en cuanto a la valoración del dictamen. La finalidad es simplificar la tarea del juez en el momento de dictar la resolución, así como facilitar su comprensión por el lector. Con relación a la

⁴²⁶ TARUFFO, M., *La prueba de...*, cit., p. 438.

⁴²⁷ En el sentir de NIETO, “para decidir bien basta con ser imparcial y prudente; pero como actualmente no basta con decidir sino que es preciso además justificar en Derecho lo resuelto, la consecuencia es que las sentencias sólo pueden ser redactadas por expertos en Derecho y a la luz de la técnica jurídica”. NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000, p. 185.

⁴²⁸ PRIETO SANCHÍS comenta que “las decisiones judiciales incorporan una dimensión creativa, sea en el sentido débil de <<margen de discrecionalidad>>, sea en el sentido más fuerte de producir una norma en caso de laguna, ello quiere decir que, al menos en parte, la sentencia aplica una regla que no formaba parte del ordenamiento jurídico, sino que ha surgido del propio fallo”. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, 1993, pp. 133-134.

eficiencia en la administración de la justicia y parafraseando a PASTOR PRIETO⁴²⁹ *la eficiencia de las técnicas que se pretenden proponer podría corresponder a la minimización en los esfuerzos narrativos del juez y en la maximización en la comprensión del lector*. La propuesta metodológica de motivación del dictamen pericial a ser planteada en el presente trabajo también tiene en cuenta la aplicación –o la posibilidad de aplicación–, de los diversos aspectos valorativos del dictamen ya consolidados por los tribunales y por la doctrina.

2.2 Algunos aspectos legislativos y doctrinarios sobre la motivación de las pruebas

En cuanto a las pruebas, el legislador hábilmente no ha establecido en el ordenamiento jurídico español un orden secuencial de valoración o de exposición formal de la motivación en la sentencia. Establecer un orden para la valoración de la prueba en las resoluciones judiciales podría provocar más dificultades y perjuicios al ejercicio de la jurisdicción que un buen desarrollo, teniendo en cuenta las diversas técnicas por las cuales pueden presentar la formación de un raciocinio lógico y las distintas formas de exponerlo a través de los enunciados que informan los fundamentos de derecho de la sentencia. Trayendo a colación el argumento matemático de que *el orden de los factores no altera el producto*, podemos decir que lo mismo ocurre con relación a la sentencia. Es decir, no habría diferencia entre que un juez empiece los fundamentos de derecho de su sentencia analizando la prueba testifical o que inicie por la prueba pericial, lo que se exige es que ambos al final hayan demostrado motivada y coherentemente la racionalidad y legalidad de su decisión.

Si, por un lado, se observa esta libertad que le permite al juez motivar las pruebas de acuerdo con el orden de su estilo de razonamiento, por otro lado, el artículo 300 LEC establece un orden para la práctica de los medios de prueba en juicio (interrogatorio de partes, interrogatorio de testigos, declaraciones de peritos, reconocimiento judicial, reproducción de palabras, imágenes y sonidos). En este punto, TARUFFO reputa

⁴²⁹ Según PASTOR PRIETO, “el objetivo de la política judicial consistiría en la maximización del acceso a la Justicia, dados unos recursos, o en la minimización de los costes sociales del proceso (los derivados de los errores judiciales y los costes directos), dado un nivel de tutela judicial”. PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la justicia!: política judicial y economía*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993, p. 42.

relevante el orden en el que se adquieren los elementos de prueba por “el hecho de que se atribuye un valor más elevado al primer elemento de confirmación de una hipótesis, mientras que los sucesivos elementos *convergentes* tienden a tener valores cada vez más pequeños”⁴³⁰. Quizá este orden podría servir de referencia para la motivación respecto a la valoración de la prueba en la sentencia, pero ello ciertamente implicaría una intervención muy significativa en el desarrollo del discurso lógico del juzgador al redactar su sentencia.

Sin embargo, entendemos que el silencio legislativo y la escasa literatura⁴³¹ respecto al tema, no obsta al estudio de la posibilidad de formulación de propuestas con relación, por ejemplo, a la importancia que puede tener el dictamen pericial en el conjunto probatorio y sugerir una técnica individualizada para su valoración en el cuerpo de la sentencia. Ello podría justificarse también en virtud de los diversos aspectos de esta prueba que son susceptibles de análisis judicial y podría representar, por un lado la uniformización de una técnica de redacción, facilitando su control interno y revisión por las instancias superiores, y por otro, proporcionar más accesibilidad a la lectura y comprensión por el público en general. Además, no se trataría del *inadmisible* intento de encuadrar el pensamiento o el raciocinio lógico del juez en su difícil misión de decidir las demandas, sino el propósito de provocar el debate sobre el orden y la forma de plasmación de la valoración de la prueba pericial en la sentencia⁴³².

Como vemos entonces, no se trata, pues, de aventurarse a intervenir en el proceso mental de convicción del juzgador, cuyos fenómenos “ni por Calamandrei ni por nadie se ha negado la incidencia en las distintas fases de ese proceso de formación interna, de lo que Redenti llamó <<los imponderables psicológicos>>, singularmente importante en

⁴³⁰ TARUFFO, M., *La prueba de...*, cit., p. 304.

⁴³¹ NIEVA FENOLL afirma que “muy pocas veces se le ha dicho al juez, realmente, cómo tiene que motivar sus sentencias desde el punto de vista no solamente de la redacción, sino de la ordenación de su pensamiento y de la exclusión de todo aquello que impida que sus reflexiones sean lo más objetivas posible”. NIEVA FENOLL, J., *La valoración de...*, cit., p. 197.

⁴³² POSNER refiere que “los jueces, por supuesto, no quieren ver sus alas cortadas, pero, por lo demás, no tendrán problemas en aceptar a modo de herramientas retóricas enfoques restrictivos que les permitan persuadir a otros de que lo que se presenta no es más que obediencia. Los profesores de derecho que se proponen verdaderamente en serio que los jueces cambien su praxis han de apela al propio interés de estos”. POSNER, R. A., *Cómo deciden los...*, cit., p. 242.

la apreciación libre de la prueba”⁴³³. Estimamos que cosa distinta de ello es lo concerniente a la técnica judicial para la plasmación de la valoración de la prueba en la sentencia. Según nuestro entendimiento, esta sí que puede ser objeto de una sistematización que le confiriese más objetividad y uniformización. No es que pretendamos imponer fórmulas ni limitaciones a la libertad del juzgador en cuanto al mérito de la prueba, sino de ofrecerle una opción, quizá más simplificada, para la formulación de la valoración de la prueba en la sentencia.

2.3 Motivación conjunta de la prueba

El control jurídico de la valoración de las pruebas se hace a través de los razonamientos expresados en la motivación de la sentencia, el cual puede ser realizado principalmente mediante dos técnicas judiciales: *la apreciación conjunta de la prueba y la valoración analítica de las pruebas*. Según nuestro punto de vista, no se tratan de dos modelos necesariamente excluyentes⁴³⁴ de desarrollo de los fundamentos de derecho en la resolución judicial sino que su caracterización va a depender del predominio de una u otra técnica de redacción que resultarían en: *la motivación conjunta de las pruebas practicadas o el análisis individual de cada una de las pruebas*.

Teniendo en cuenta que la valoración analítica de la prueba será objeto de estudio del apartado siguiente, puntualizamos que “la llamada apreciación conjunta de la prueba radica básicamente en llegar a establecer los hechos probados, no tomando en consideración y valorando cada uno de los medios de prueba en sí mismos considerados, sino atendiendo al conjunto de todos los medios practicados”⁴³⁵. Como hemos señalado, la denominación más apropiada a esta técnica tal vez fuese *motivación conjunta de la prueba*. Y es que en principio, no interesaría al Derecho procesal identificar los fenómenos subjetivos por los cuales el juez forma su convicción, sino que lo que es relevante es la forma y el contenido mediante los cuales manifiesta su

⁴³³ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil...*, cit., p. 441.

⁴³⁴ Conforme IGARTUA SALAVERRÍA que sostiene que “no se trata de contraponer valoración individualizada/valoración conjunta, pues conduce al falso dilema de elegir entre operaciones alternativas cuando, en realidad, son complementarias”. IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación de...*, cit., p. 182.

⁴³⁵ MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 630.

convicción en la sentencia, porque lo que va a ser objeto de control judicial mediante lectura, comprensión y eventual oposición de recurso, es el texto de la resolución judicial y sus razonamientos jurídicos y no el modo por el cual el juez haya valorado internamente las pruebas y formado su convicción subjetiva sobre el litigio⁴³⁶.

En primer lugar cumple diferenciar *la apreciación en conjunto de la prueba*, que consiste en el mecanismo psicológico e irresistible del juez tendente a lograr la reconstrucción de los hechos, de lo que se podría denominar *motivación conjunta de la prueba*, y que refiere a la técnica que permite al juez declarar que, ante el conjunto de la prueba practicada ha tomado su decisión, pudiéndose eventualmente omitir de este modo proceder a la necesaria justificación racional de las causas *subjetivas* por las que ha acreditado los hechos o valorado las pruebas.

La *apreciación en conjunto de la prueba* representaría, por tanto, los fenómenos subjetivos del juzgador, de los cuales no necesariamente se deja constancia en la sentencia y por ello no son susceptibles de consideración en el recurso. Desde el punto de vista de la ética judicial, esta técnica podría considerarse una situación ideal, a la vez que expresaría todos y los reales motivos de la decisión.

Puesto que la *motivación conjunta de la prueba* correspondería a los razonamientos jurídicos concretamente expresados en la sentencia en forma de fundamentos de derecho, por lo que se hace “una exposición conjunta de los hechos, un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa”⁴³⁷. Por lo que “la motivación no reproduce ni da cuenta de los procedimientos mentales, de la secuencia de pensamientos ni de los estados psicológicos que han llevado al autor construirlo. (...) Lo que interesa verdaderamente es el resultado de todo eso: el texto que narra los hechos del caso, esto es, la versión de los hechos que el juez considera correspondiente a la verdad de los acontecimientos narrados, y que explica las razones por las que el

⁴³⁶ CABAÑAS GARCÍA nos ilustra que la clave del problema existente entre las razones de orden psicológicos del juez para su decisión y la motivación, externa y posterior, que se ofrece con ocasión de la redacción de la sentencia descansa en la eficacia del sistema de recursos jurisdiccionales, teniendo en cuenta, entre otras razones apuntadas por el autor, “que los justiciables no tienen que preocuparse por conocer si existe o no correspondencia entre “motivos/motivación”, sino que deberán centrar su interés en el contenido del texto de la decisión, que representa el material a controlar”. CABAÑAS GARCÍA, J. C., *La valoración de...*, cit., pp. 225-226.

⁴³⁷ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en...*, cit., p. 200.

juez considera esos hechos como verdaderos”⁴³⁸.

En segundo lugar, apuntamos como necesario reconocer que ninguna técnica de desarrollo de un raciocinio lógico pueda estar exenta de errores, y principalmente de críticas, especialmente en la ciencia del Derecho, en tanto que ciencia del argumento. Por consiguiente y no obstante su dominio en la jurisprudencia, la adopción de la técnica de la *motivación conjunta de la prueba* presentaría algunos riesgos, entre los que destacamos:

1) La posibilidad de generar incertidumbre sobre los motivos que hayan proporcionado al juez la consideración de que determinados hechos han sido probados. Teniendo en cuenta que no se exige que se haga constar un análisis más profundizado de cada una de las pruebas practicadas y su consecuente relación con el hecho considerado probado⁴³⁹. Este estilo de argumentación admite una motivación genérica de la prueba practicada⁴⁴⁰, lo que dificulta, incluso, la oposición del recurso y permite la inclusión de fundamentos no muy razonados para el rechazo de la prueba. Como ejemplos de argumentos admisibles en este modelo de motivación se puede citar el ya referido referente a que *la valoración de las pruebas corresponde a los tribunales y no a las partes* u otro argumento muy similar que afirma que *lo que pretende la parte es sustituir la valoración judicial por su criterio parcial y subjetivo*.

2) Puede ser una pantalla que escude una decisión judicial insuficientemente justificada⁴⁴¹. La técnica del relato conjunto consistiría

⁴³⁸ TARUFFO, M., *Simplemente la verdad...*, cit., pp. 267-268.

⁴³⁹ IGARTUA SALAVERRÍA refiere “el olvido –como se fuera un despiste- de la valoración holista (o de conjunto) es la típica técnica para neutralizar las pruebas (sobre todo las pruebas indirectas) consistente en la exposición desagregada de las mismas; estratagema bien conocida desde los tiempos de Quintiliano (<<A veces se desmonta parte por parte lo que en su contexto podría perjudicar, y esta es, en línea de máxima, la técnica más segura>>) y de vez en cuando frecuentada en la actualidad”. IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación de...*, cit., p. 182.

⁴⁴⁰ TARUFFO afirma que la praxis de la motivación sobre los hechos estaría muy lejos del modelo ideal, teniendo en cuenta que “resulta fácil constatar, en realidad, que a menudo las motivaciones no contienen justificaciones adecuadas de la decisión sobre los hechos y no dan cuenta de los criterios que fundamentan la valoración de las pruebas: la motivación se reduce a menudo a afirmaciones genéricas, de las que no es posible extraer nada significativo acerca del razonamiento del juez”. TARUFFO, M., *La prueba de...*, cit., pp. 436-437.

⁴⁴¹ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en...*, cit., p. 200.

en una presuposición de la verdad de los enunciados que la componen, pero no sería suficiente para justificar cada uno de estos enunciados.

En opinión de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “la valoración conjunta de la prueba no autoriza a prescindir de la tarea previa de valorar una a una las pruebas practicadas y de exponer las razones en cuya virtud se ha dado finalmente más peso o más valor a unas que a otras, ni, mucho menos, permite silenciar, como es frecuente, una parte de ellas”⁴⁴². Por ello, el referido autor sostiene que la selección arbitraria de los hechos realmente probados en el proceso se constituiría en uno de los más graves vicios en los que pueden incurrir los órganos jurisdiccionales y que suelen generar la más absoluta indefensión al justiciable. Estimamos que la técnica abogada por el autor se acerca más a la técnica en que predomina el *análisis individual de las pruebas*, a la vez que requiere del juez que exprese las razones del valor atribuido a cada una de las pruebas practicadas.

Como conclusión, podríamos afirmar que, con independencia del concepto doctrinario que manejemos, según riesgos o vicios, la técnica de *motivación conjunta de la prueba* puede resultar en perjuicios concretos al derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que podría permitir la omisión de importantes hechos o pruebas no tomados en cuenta en la toma de decisión; quizá comprometiendo el manejo del recurso por la parte interesada y su consecuente apreciación por la instancia superior.

Sin embargo el Tribunal Constitucional, adoptando una línea política más pragmática sobre el tema⁴⁴³, sostiene que la Constitución “no garantiza el derecho a que *todas y cada una* de las pruebas aportadas por las partes al litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado”⁴⁴⁴. De ello resulta el predominio doctrinario y práctico de la valoración conjunta de la prueba sobre la técnica de motivación analítica que se analiza a continuación.

⁴⁴² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Principios y reglas...”, cit., p. 171.

⁴⁴³ POSNER, comentando sobre el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, asevera que “lo que sucede es que los jueces políticos son pragmatistas siempre y cuando sean las consecuencias políticas de sus decisiones lo que les sirve de guía; parece que así sucede por lo general. (...) Por eso, el Supremo intenta usar los pocos casos que acepta someter a su conocimiento para dictar reglas o principios que controlarán un amplio número de casos futuros”. POSNER, R. A., *Cómo deciden los...*, cit., pp. 297 y 299 respectivamente.

⁴⁴⁴ GASCÓN ABELLAN, refiriendo al Auto del Tribunal Constitucional 307/1985, sostiene que esta praxis “conduce a resultados perversos en materia de justificación”. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en...*, cit., p. 202.

2.4 Motivación analítica de las pruebas

Otra técnica o estilo de formulación de los fundamentos de derecho relativa a los hechos probados es la *motivación analítica de las pruebas*, que consistiría, más allá de la declaración y exposición de las razones sobre los hechos probados, en “la motivación ha de ser individualizada para *cada uno de los medios probatorios tenidos en cuenta por el juzgador*, incluso si para el examen de la prueba libre ha mediado una valoración <<conjunta>> (actividad de reconstrucción de los hechos) del material de autos”⁴⁴⁵. En el decir de GASCÓN ABELLAN, “la técnica analítica entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión”⁴⁴⁶.

Consideramos entonces, que este modelo es concebido como contrapunto al modelo de valoración conjunta de la prueba, de manera que puede reducir los márgenes de ocurrencia de las llamadas motivación implícita y motivación insuficiente y, quizás democratizar las resoluciones judiciales, dotándolas de carácter más didáctico y autoexplicativo, incluso a terceros y no sólo a las partes y operadores del Derecho⁴⁴⁷. Por ello por ejemplo, se intentaría evitar la necesidad de manejar de manera presencial los autos para la comprensión de la sentencia, teniendo en cuenta que todas las pruebas practicadas deben ser valoradas individualmente y no se utilizarían fundamentos de naturaleza meramente referencial a los hechos dados como probados. Sin embargo se podría admitir el manejo presencial de los autos para la hipótesis de oposición de recursos, toda vez que podría demandar un análisis más profundizado de la resolución y del conjunto probatorio obrante.

La adopción de la técnica de *motivación analítica de las pruebas* requiere el examen y

⁴⁴⁵ CABAÑAS GARCÍA, J. C., *La valoración de...*, cit., p. 238.

⁴⁴⁶ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en...*, cit., p. 200.

⁴⁴⁷ De acuerdo a ANDRÉS IBÁÑEZ, “la sentencia penal rara vez es comprensible para quien no conozca los antecedentes de la causa, al ocultarse el nudo de la decisión, puede muy bien resultar un jeroglífico, incluso para las partes. Cuando lo cierto es que, como se ha dicho, la Constitución ha optado por hacer de ella un texto inteligible y, Perelman diría, convincente incluso para alguien que lo lea desde fuera de la relación procesal concreta”. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 12, 1992, p. 294. Disponible en http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa_12_08.pdf. Fecha de consulta: 5.5.2011.

exposición circunstanciada de las pruebas practicadas y no únicamente de las pruebas que puedan conducir a la decisión adoptada por el órgano judicial. Ello incluye motivar la valoración de las pruebas sobre el hecho principal y también sobre los hechos secundarios, cuando estos puedan constituirse en premisas para establecer la verdad sobre aquello. La exigencia de motivación sobre todas las pruebas practicadas puede incluso representar seguridad y convicción plena del juzgador respecto al acierto de su decisión, ya que no necesita omitir su entendimiento sobre pruebas que, en principio, podrían conducir a la resolución en sentido distinto de la orientación por él adoptada⁴⁴⁸. Muchas veces también puede suceder al juez que “el esfuerzo de tener que motivar le llevará a refinar, y quizá invertir, el sentido de la intuición que le condujo inicialmente a sostener una determinada opinión como fundamentación del fallo”⁴⁴⁹.

Respecto a la *motivación analítica de las pruebas* consideramos importante plantear tres razonamientos:

- 1) el argumento de que la extensión material de la resolución no resulta necesariamente una garantía de su motivación y no puede servir de fundamento para excluir la validez de la técnica analítica de la motivación. Y es que la posibilidad de puntuar el análisis de las pruebas puede incluso resultar en un texto más pequeño comparado con un texto que utilice un discurso narrativo, típico del sistema de motivación conjunta de la prueba.
- 2) la individualización y valoración de cada una de las pruebas practicadas no consiste en la sencilla transcripción del resultado de la prueba en el fundamento de derecho, ya que ello muchas veces puede tornarla ilegible, sobre todo en lo relativo a la prueba pericial.
- 3) el juez debería dejar constancia de forma más objetiva posible de los principales aspectos de la prueba e indicar las razones concretas por las cuales ha sacado sus conclusiones.

⁴⁴⁸ GASCÓN ABELLAN aboga que la motivación debe consistir en la exposición y valoración ordenada de todas las pruebas “no sólo de aquellas que se estimen conducentes a la decisión, sino también de aquellas otras que, de ser valoradas positivamente, conducirían a una decisión distinta”. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en...*, cit., p. 202.

⁴⁴⁹ POSNER, R. A., *Cómo deciden los...*, cit., p. 77.

Por último y en lo que atañe al presente trabajo, consideramos que la técnica de la *motivación analítica de la prueba* es la que más se adecua a la valoración del dictamen pericial en la sentencia, toda vez que permitiría que se dejase constancia en los fundamentos de derecho de prácticamente todos los aspectos de su contenido, sea con relación a sus datos objetivos, sea en cuanto a los aspectos metodológicos y conclusiones. A diferencia del sistema de la *motivación conjunta de la prueba* que no necesariamente requiere el examen detallado de cada una de las pruebas practicadas.

3 PRAXIS JUDICIAL SOBRE LA MOTIVACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL

Interesa ahora realizar una sencilla investigación sobre la práctica predominante en los juzgados de primera instancia respecto a la técnica de motivación sobre las pruebas practicadas. El objetivo es identificar el orden de los enunciados sobre la valoración probatoria y la técnica adoptada por el juez en la *motivación-documento*, que, conforme GASCÓN ABELLÁN, “es el conjunto de enunciados del discurso judicial (o el documento en el que se plasman) en los que se aportan las razones que permiten aceptar otros enunciados fácticos como verdaderos”⁴⁵⁰.

Para ello, a partir del término de búsqueda “*dictamen pericial*”, hemos consultado, el 6 de abril de 2011, las últimas treinta Sentencias Civiles dictadas por Juzgados de Primera Instancia (SJPI) de España, de acuerdo a los datos disponibles en el Centro de Documentación Judicial – CENDOJ⁴⁵¹. De ellas fueron seleccionadas diez resoluciones judiciales para un breve comentario en cuanto al estilo de motivación de las pruebas y el respectivo orden de análisis, conforme al cuadro que se presenta a continuación. La selección de sentencias dictadas por Juzgados de Primera instancia presupone que en ellas se puedan observar nuevas tendencias de estilo de argumentación judicial y cambios significativos de orientación jurisprudencial.

Desde luego destacamos que se observa en las sentencias analizadas que la prueba

⁴⁵⁰ Por ello, el presente estudio no alcanzaría lo que GASCÓN ABELLÁN denomina de motivación-actividad, que “es el procedimiento mental que ha conducido al juez a formular como verdadero un enunciado sobre los hechos del caso”. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en...*, cit., p. 184.

⁴⁵¹ Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, fondo documental CENDOJ. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. Fecha de consulta: 6.4.2011.

pericial casi siempre es la primera en ser valorada, así como se constata el predominio de la técnica de valoración conjunta de la prueba. Excepcionalmente se verifica un examen más detallado de la prueba pericial, sea mediante la transcripción literal del dictamen a la sentencia o a través de referencias en la motivación del conjunto probatorio, y en menos ocasiones de manera más sucinta y concreta, especialmente cuando los resultados de la prueba pericial están más directamente relacionados al derecho material litigioso.

SJPI Salamanca de 7 de febrero de 2011, Sección 4, Rec.: 560/2008, Ponente: Sanz Acosta. (Id Cendoj: 37274420042011100001).

Técnica predominante: motivación conjunta de la prueba.

Breve comentario: en primer lugar la sentencia considera el conjunto de la prueba para la declaración de los hechos probados. A continuación analiza detalladamente el dictamen pericial practicado, indicado como decisivo para el fallo. La motivación sobre la prueba pericial incluye la referencia a los siguientes datos del informe: *dato objetivo:* la calificación de la perito que es Profesora-Catedrática de Historia del Arte de Enseñanza Media de Salamanca; *la actuación de la perito en el acto del juicio:* la perito explicó, mediante el uso de soporte fotográfico, que en la ejecución de las vidrieras del Museo Casa Lis se siguió la inspiración, cuando no la copia directa de diversos modelos modernistas ubicados en los edificios que reseñó, modelos que se trasplantan literalmente al edificio litigioso. A continuación la resolución rechaza la prueba documental presentada por el demandante en el sentido de reconocer la existencia de los derechos de autor, teniendo en cuenta, incluso, las declaraciones de un testigo.

SJPI Madrid 977/2010 de 5 de julio, Sección 46, Rec.: 1273/2008, Ponente: Sánchez Beltrán. (Id Cendoj: 28079420462010100001).

Técnica predominante: motivación conjunta de la prueba.

Breve comentario: la sentencia examina las pruebas de acuerdo con el tema jurídico enfrentado en la sentencia. En el fundamento de derecho que trata de *las consideraciones médicas sobre la exposición al amianto*, mediante la transcripción casi literal del dictamen pericial y de las pruebas documentales. En el fundamento de derecho *sobre la indemnización por daño moral* se observa la repetición de la misma técnica de motivación a través de la plasmación literal de los términos de los dictámenes

periciales. Según nuestra opinión, este estilo de motivar la valoración de la prueba pericial -basada en la transcripción de los términos del dictamen-, puede provocar dificultades en su lectura y en la comprensión de la efectiva valoración atribuida por el juzgador. Estimamos que podría ser más adecuada la referencia a cada uno de los criterios que deben ser considerados en la valoración de la prueba pericial.

SJPI Almería de 30 de abril de 2010, Sección 7, Rec.: 88/2008, Ponente: Lozano López. (Id Cendoj: 04013420072010100001).

Técnica predominante: motivación conjunta de la prueba.

Breve comentario: entre las sentencias comentadas, ésta quizá pueda constituirse en el más representativo ejemplo de valoración conjunta de la prueba, a la vez que la reconstrucción de los hechos litigiosos requiere un análisis secuenciado y detallado de todas las pruebas practicadas. Sin embargo se pueden registrar algunas consideraciones judiciales específicas sobre los dictámenes periciales presentados en distintos fundamentos de derecho. Entre las consideraciones sobre la prueba pericial destacamos la siguiente para rechazar uno de los dictámenes (FD.38°): *la parcialidad del perito* al considerar que su informe utilizó únicamente la documentación que interesaba a sus clientes; *la validez de los razonamientos del dictamen* no contestan las principales dudas sobre el hecho litigioso. Además el juzgador refiere los siguientes criterios para aceptar parcialmente otros dos informes periciales practicados: *la consideración de todos los datos disponibles en el proceso* por acomodar todas las declaraciones y el material al que las partes pudieron tener acceso (FD 55°); el hecho de que uno de esos informes fue *emitido por perito de designación judicial* (FD 63°); *el método aplicado por el perito de designación judicial* para la valoración de una grúa, que resultó en una fabulosa diferencia con el valor que solicitó el demandante (67 veces más que su valor contable en libros). Estimamos que la técnica de motivación utilizada por el juzgador puede no favorecer mucho la comprensión de la valoración probatoria realizada, toda vez que le faltaría un análisis más agregado y objetivo de los dictámenes practicados, aunque posteriormente se pueda hacer referencias a ellos de acuerdo con cada asunto analizado.

SJPI Madrid 40/2010 de 2 de marzo, Sección 87, Rec.: 1127/2009, Ponente: Pérez Guijo. (Id Cendoj: 28079420872010100001).

Técnica predominante: motivación conjunta de la prueba. Insuficiencia en la

valoración respecto al dictamen.

Breve comentario: la sentencia desde el momento en que rechaza las tachas presentadas a los peritos, suscitada por los demandantes, demuestra la credibilidad que sería dispensada a los respectivos dictámenes periciales, por cuenta de su reconocida solvencia profesional, con amplios conocimientos y capacidades para responder conforme a su leal saber y entender (FD 2º). Las conclusiones de los peritos, relativas a la carencia de entendimiento respecto al producto ofertado, corroboradas por el análisis de la prueba documental, parecen haber sido determinantes para la decisión judicial. Sin embargo estimamos que se podría observar una cierta insuficiencia de motivación en la valoración de los dictámenes –tal vez atribuible a la complejidad de la materia-, teniendo en cuenta que se basa únicamente en los fundamentos del rechazo de las tachas y en sus conclusiones.

SJPI Barcelona 63/2010 de 18 de febrero, Sección 24, Rec.: 836/2005, Ponente: Pascual Nuño de la Rosa Amores. (Id Cendoj: 08019420242010100001).

Técnica predominante: motivación conjunta de la prueba.

Breve comentario: la sentencia hace una valoración razonada del dictamen practicado, incluso haciendo constancia a índices porcentuales referidos en ello, que no excluirían la responsabilidad del demandado. Seguidamente, la sentencia considera otros hechos probados desfavorables a la demandante, para al final estimar parcialmente la demanda. Otra vez observamos que la valoración conjunta puede no proporcionar la demostración de la valoración de los diversos aspectos –quizá relevantes- del dictamen, sino sólo aquellos que interesa al juzgador dar conocimiento en su razonamiento.

SJPI Madrid 178/2009 de 14 de octubre, Sección 18, Rec.: 1229/2007, Ponente: Gutiérrez del Olmo Menéndez. (Id Cendoj: 28079420182009100001).

Técnica predominante: motivación conjunta de la prueba.

Breve comentario: el juzgador del presente caso, a partir de todas las pruebas practicadas (documental, testifical y pericial), adopta una *narrativa propia y conjunta* de los sucesos posibles de ocurrir por la inhalación del amianto. Más allá de que el juez destacó que no había controversia respecto a este punto, no queda claro de dónde exactamente ha sacado cada una de las informaciones aportadas, lo que podría generar dificultades en el caso de impugnación vía recurso, por ejemplo.

SJPI Barcelona de 3 de junio de 2008, Sección 9, Rec.: 211/2007, Ponente: Calabuig Alcalá del Olmo. (Id Cendoj: 08019420092008100001).

Técnica predominante: motivación analítica de la prueba. Comparación de los dictámenes.

Breve comentario: la sentencia, en vista de los hechos controvertibles, que son objetos de distintas pretensiones de las partes, analiza cada uno de ellos con relación a las conclusiones de los peritos para, al final, sacar sus propias conclusiones. Es decir, el juez basa su entendimiento a partir de la confrontación de los diversos informes periciales practicados, lo que nos parece una práctica razonada, pero que confiere un considerable margen de discrecionalidad judicial. A pesar de ello, consideramos que fue la técnica de motivación más adecuada al caso presentado.

SJPI Tolosa 98/2007 de 27 de julio, Sección 2, Rec.: 578/2006, Ponente: Fernández Barrera. (Id Cendoj: 20071420022007100001).

Técnica predominante: motivación conjunta de la prueba.

Breve comentario: la naturaleza *no conclusa del dictamen* es relacionada directamente a la desestimación de la oposición presentada por el deudor en el procedimiento cambiario. La sentencia, tras un breve relato de su contenido, rechaza el dictamen presentado por el demandado porque sus conclusiones no acreditan los extremos de la excepción que puede prosperar como motivo de oposición: no acredita que no se efectuara obra alguna por los acreedores o que la ejecución de las mismas hicieran inservible el objeto de las obras.

SJPI Barcelona de 11 de julio de 2007, Sección 13, Rec.: 467/2006, Ponente: Montañes Delmas. (Id Cendoj: 08019420132007100001).

Técnica predominante: valoración analítica (y exhaustiva) de la prueba pericial.

Breve comentario: los fundamentos de derecho respecto a la prueba pericial tratan básicamente de extensas transcripciones de los diversos informes presentados. Sin embargo, la conclusión judicial sobre la prueba pericial, en que se basó la desestimación de la demanda, se expresa sencillamente en los siguientes términos (FD 5º): “por consiguiente, de los informes periciales se desprende que las reacciones adversas descritas en el escrito de demanda, con las precisiones hechas respecto de la sintomatología ansioso-depresiva y el síndrome de retirada, no son ciertamente reacciones adversas inesperadas”. Quizá podríamos cuestionar la utilidad de la

comentada transcripción en los razonamientos jurídicos, por lo menos en cuanto a su exhaustividad.

SJPI Manresa de 4 de junio de 2007, Sección 4, Rec.: 567/2006, Ponente: González Orviz. (Id Cendoj: 08113420042007100001).

Técnica predominante: valoración analítica (y comparativa) de la prueba pericial.

Breve comentario: el juzgador expone los diversos informes médicos respecto a los trastornos padecidos por una niña. Primeramente valora los aspectos convergentes y en seguida apunta los puntos discrepantes: así logra fundamentar los motivos por los cuales adopta las conclusiones indicadas por unos peritos, porque las considera más científicas, y rechaza las conclusiones de los demás teniendo en cuenta que se basaron en datos no comprobados ni contrastados en autos. La valoración pericial plasmada en los fundamentos de derecho de la sentencia nos parece mantener una coherencia lógica y un buen nivel de inteligibilidad y claridad argumentativa. Además, destacamos la expresa consideración a, por lo menos, dos importantes criterios de valoración de dictamen: *la consideración de datos extraprocesales por la prueba rechazada y el mayor rigor científico de la prueba aceptada.*

De los comentarios hechos, podemos afirmar que la *motivación analítica de la prueba pericial* proporciona un mayor grado de seguridad jurídica a la decisión, toda vez que permite a las partes y a las instancias superiores conocer de manera más profunda cuales son los criterios de valoración efectivamente aplicados por el juzgador, incluso a efectos de la eventual impugnación de la sentencia. La motivación analítica de la prueba pericial posibilita la identificación e individualización del dictamen practicado, así como una exposición objetiva de su contenido. Todo ello contribuye a una motivación judicial más clara y sencilla.

No obstante, así como la técnica de *motivación conjunta de la prueba*, la técnica de motivación analítica también puede presentar desvíos que tornen ininteligibles los razonamientos de la sentencia, dependiendo del matiz analítico de valoración desarrollado. Así puede suceder, por ejemplo, que cuando el análisis del dictamen consista en la transcripción integral de los términos del dictamen en la sentencia, ello puede traer aparejada una exhaustiva e innecesaria reproducción literal de la prueba pericial y ello no implica que se pueda identificar exactamente las razones por las cuales

el juez haya aceptado o rechazado dicho dictamen.

Por lo que entendemos que, tanto en la motivación conjunta de la prueba como en la motivación analítica de la prueba, las partes y la sociedad estarán sometidas a los eventuales vicios en su aplicación. Por lo tanto, se podrá obtener distintas respuestas de los órganos jurisdiccionales con relación al conocimiento de los criterios judiciales utilizados para la valoración de la prueba pericial. El poder discrecional del juez respecto a la valoración del dictamen aumenta en la misma medida que los desvíos verificados en la técnica de motivación adoptada.

Así que, sin perder de vista la tesis que abogamos en este trabajo relativa a la defensa de la técnica de la *motivación analítica de la prueba* como la más adecuada para el análisis de la prueba pericial, reconocemos que *la capacidad de argumentación y concisión* del juzgador pueda ser determinante para la objetividad y claridad de los razonamientos de la sentencia respecto a la prueba pericial que el estilo de motivación empleado por el juez.

Capítulo V

UNA PROPUESTA DE MOTIVACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL EN TRES FASES

1 INTRODUCCIÓN

La prueba pericial puede asumir diversos niveles de importancia en el proceso de acuerdo con la clarificación de los hechos controvertibles del litigio. En cuanto el deslinde de la cuestión más depende del resultado de la prueba pericial mayor relevancia tendrá su resultado en el momento de dictar sentencia⁴⁵². Sin embargo, con independencia de la mayor o menor relevancia del dictamen pericial para la resolución de la demanda, estimamos que el juez está obligado a valorarlo y a plasmar esta valoración en la sentencia; sea para rechazarlo o para aceptar sus resultados, lo cierto es que el juez no puede omitir valorar en la sentencia una prueba legítimamente obtenida y presentada en autos.

Y es que la plasmación de la valoración de la prueba en la sentencia puede constituirse en uno de los desafíos del derecho procesal en la actualidad⁴⁵³, como modo a “extraer la actividad del juez del dominio de la *irrealidad subjetiva*”⁴⁵⁴. El actual estadio de

⁴⁵² TARUFFO refiere que “determinar el valor probatorio de un medio de prueba acerca de un hecho puede ser bastante simple en el caso de las pruebas directas; esto es, cuando las mismas tienen que ver directamente con un hecho principal en litigio”. TARUFFO, M., *La prueba*, cit., p. 140.

⁴⁵³ MIRANDA VÁZQUEZ sostiene que los procesos mentales de desarrollo sobre el juicio de hecho “deberían poderse plasmar en la sentencia, momento clave en que el *iter* discursivo del juez se exterioriza y se ofrece a la sociedad, a los operadores jurídicos y sobre todo a los justiciables. Para que este paso tan decisivo del proceso racional judicial satisfaga las expectativas que genera, debe ser un fiel, claro y accesible trasunto de los recorridos discursivos descritos”. MIRANDA VÁZQUEZ, C. de., “El juicio de hecho en la mente del juzgador: ¿cómo razona?”, en *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, en ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.), Las Rozas (Madrid), 2011, p. 244.

⁴⁵⁴ Conforme PÉREZ GIL, que también afirma que “cuanto mayor es el terreno de juego procesal para lo susceptible de análisis científico o técnico y por tanto para lo objetivable, cuantificable o mensurable, menor será el que reste para la subjetividad característica del convencimiento

desarrollo del Estado de Derecho y la evolución doctrinaria respecto al tema de la valoración de la prueba pericial apuntan a la necesidad de una mayor objetividad y racionalidad en la técnica judicial de motivación del dictamen⁴⁵⁵. Como hemos visto, no se trata de una repetición mecanicista de los criterios doctrinarios ya consagrados y su consecuente plasmación en la sentencia, sino del reconocimiento judicial de estos criterios y su sistematización en la sentencia a efectos de facilitar su motivación y propiciar el control interno y externo de la decisión⁴⁵⁶.

En este capítulo analizaremos la posibilidad de la sistematización de una pauta destinada a proporcionar una motivación pragmática del dictamen pericial en la sentencia, sin que eso represente un cercenamiento de la libertad del juzgador en la valoración de la prueba pericial. Y es que cada juez tiene un modelo de organización de sus argumentos en la sentencia y un modo de desarrollar los razonamientos referentes al dictamen pericial, ora agregados en unos pocos fundamentos de derecho, ora dispersos a lo largo de estos fundamentos.

Lo que nos proponemos en el presente trabajo es investigar la posibilidad de que la motivación del dictamen sea realizada en un capítulo de la sentencia dedicado a la prueba pericial, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales y doctrinales de su

judicial. (...) De hecho, gran parte de los acercamientos a la materia objeto de estudio se están haciendo para ponerla de manifiesto como paradigmática, haciéndolo al hilo de la necesidad de explicitar los fundamentos fácticos de la decisión judicial, de manera que todo el iter decisional y cada uno de sus pasos sea susceptible de motivación”. PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., pp. 12-13.

⁴⁵⁵ GASCÓN ABELLÁN destaca que “no puede negarse que la necesidad de motivar las sentencias se ha convertido ya en una exigencia incontestable. La cultura de la motivación, sin embargo, ha encontrado y aún encuentra una especial resistencia en el ámbito de la prueba. (...) En todo caso, del mismo modo que en los últimos tiempos se ha abierto paso la necesidad de una técnica legislativa que se ocupe, entre otras cosas, de una racional redacción de las leyes, sería hora de abordar una correcta técnica de motivación de las sentencias que habría de prestar una vigilancia especial al ámbito de la prueba. La falta de atención sobre este punto fundamental muestra, una vez más, que la necesidad de introducir racionalidad en el juicio de hecho sólo a duras penas va penetrando en la mentalidad de los juristas, jueces y legisladores”. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en...*, cit., pp. 173 y 203 respectivamente.

⁴⁵⁶ POSNER, contestando a la cuestión ¿si es inevitable llevar a cabo una aplicación del derecho pragmatista?, razona que “los jueces son licenciado en derecho y traen consigo a la hora de juzgar la habitual exageración de los abogados acerca del poder que tienen los argumentos y, por tanto, las palabras, para solucionar los desacuerdos. Pero están menos deslumbrados por las palabras de lo que están los abogados, ya que han de elegir entre argumentos en conflicto que, finalmente, puede que acaben por guardar un equilibrio. Además, no están valorando un determinado debate; lo que están haciendo es tratar de tomar una decisión razonable en relación con el interés en particular que esté en juego”. POSNER, R. A., *Cómo deciden los...*, cit., p. 278.

valoración, estudiados en los capítulos anteriores y de conformidad a lo que expondremos a continuación.

La idea es que la motivación del dictamen obedezca mínimamente a un orden lógico de plasmación en la sentencia de los diversos elementos relevantes para su valoración, de modo de permitir a su lector una mayor comprensión de las razones por las cuales el juez ha admitido o rechazado sus conclusiones. De cuantos más elementos identificadores del dictamen quede constancia en la sentencia, en mejores condiciones estará el juez para motivarla y más mecanismos de control tendrán las partes y la sociedad para evaluar el acierto de la resolución.

Es esencial destacar que la propuesta presentada, en nada interfiere en el contenido de las convicciones del juzgador sobre el dictamen, únicamente se destina a objetivar y facilitar la redacción y la inteligibilidad de la sentencia acerca de la prueba pericial. Consideramos que así como “debe ordenarse y simplificarse el actual sistema de proposición de la prueba”⁴⁵⁷, también se puede ordenar y simplificar la motivación del dictamen pericial en la sentencia.

Hemos analizado los criterios de valoración del dictamen pericial consagrados por la jurisprudencia española, referentes a: la objetividad, la metodología aplicada, sus razonamientos y sus conclusiones. Cada uno de estos criterios es integrado por diversos elementos mediante los cuales la doctrina se propone agotar todos los supuestos necesarios para la valoración de la prueba pericial. Sin embargo, no todas las demandas presentan todos los criterios considerados por la doctrina jurisprudencial, por lo que no exigiría del juez referirse a todos ellos en la motivación, sino a los disponibles en su caso. No obstante estimamos necesario establecer un orden secuencial de motivación de los criterios de valoración para ser utilizado por el juez a la hora de motivar la sentencia.

Según nuestra opinión, la plasmación en la sentencia de la valoración de la prueba pericial debería desarrollarse en tres fases, dentro de una lógica secuencial y de acuerdo con los diversos elementos que informan los criterios jurisprudenciales y doctrinales sobre la materia: *objetividad de la actuación del perito, metodología aplicada al dictamen, y razonamientos y conclusiones del informe.*

La propuesta toma dos referentes doctrinales: el doble estadio de valoración de la

⁴⁵⁷ JURADO BELTRÁN, D., *La prueba pericial...*, cit., p. 140.

prueba penal científica propuesta por DOMINIONI⁴⁵⁸; y el modelo de motivación completa de la sentencia analizado por COLOMER HERNÁNDEZ⁴⁵⁹.

El *modelo de motivación del dictamen en tres fases* se encuadraría, por lo menos en parte, en el modelo de motivación completa de la sentencia, ya que tiene como objetivos garantizar la plasmación en ésta de todos los elementos susceptibles de valoración judicial⁴⁶⁰, facilitar la labor judicial en la apreciación de la prueba pericial y proporcionar una mejor comprensión de la decisión por las partes y justiciables⁴⁶¹.

Sin embargo, la propuesta de motivación del dictamen en tres fases no coincidiría exactamente con el doble estadio de valoración de la prueba científica formulado por DOMINIONI. Primero por la diferencia en el número de fases y sus elementos integrantes, segundo porque el referido autor estudia la prueba penal, motivo por el cual

⁴⁵⁸ DOMINIONI, con relación a la valoración de la prueba penal científica, aboga que “la función valorativa se desarrolla en dos etapas. La primera considera las operaciones periciales realizadas y sus resultados, y la segunda etapa considera la prueba pericial en el contexto general de los resultados de las demás pruebas practicadas en el proceso”. Según el autor, en la primera etapa apreciamos: la idoneidad del instrumento técnico-científico adoptado: la validez teórica, la adecuación lógica, su correcta aplicación, su integridad y comprensión; el método y conclusiones; la prueba estadística y los razonamientos probatorios. Y, en la segunda etapa o estadio, la prueba científica es valorada con relación a todos los resultados de las pruebas practicadas en autos. DOMINIONI, O., *La prova penale...*, cit., p. 204.

⁴⁵⁹ Conforme COLOMER HERNÁNDEZ, “los jueces a la hora de motivar deben realizar una completa justificación de la decisión adoptada. Esta es la regla general de actuación que debe presidir tanto la labor de los jueces a la hora de redactar sus resoluciones, como la tarea de los litigantes a la hora de analizar el efectivo cumplimiento de la obligación de motivar por parte del juzgador”. COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de la sentencia: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, 2003, p. 346. Sobre la motivación completa desde un punto de vista filosófico jurídico, ASÍS denomina como motivación completa “el conjunto de elementos imprescindibles para entender como racionalmente motivada una decisión válida”. ASÍS, R. de, *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, 2005, p. 87.

⁴⁶⁰ TARUFFO subraya que la plenitud de la motivación de los hechos “si el razonamiento el juez sobre las pruebas y sobre los hechos comprende –como a menudo ocurre- la formulación de juicios de valor, también estos juicios deben ser justificados, explicitando los criterios valorativos que los han guiado y las razones por las que estos criterios se consideran preferibles respecto de otros criterios de valoración”. TARUFFO, M., *Simplemente la verdad...*, cit., pp. 272-273.

⁴⁶¹ COLOMER HERNÁNDEZ refiere que “no se debe olvidar que la motivación de las sentencias ha de ser completa no sólo porque venga expresamente exigido constitucionalmente y legalmente, sino también por la propia función pedagógica que debe desarrollar, y de esta manera mostrar a los litigantes las razones por la que se aceptan o rechazan sus peticiones y alegaciones, a fin de que éstos puedan acomodar su conducta futura a la experiencia acumulada por el ejercicio de sus pretensiones anteriores”. COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de...*, cit., pp. 348-349.

parece establecer una distinción fundamental entre las reglas del juicio probatorio y las reglas de motivación de la sentencia, al señalar “un claro cambio del marco regulatorio que rigen estos dos momentos distintos”⁴⁶².

Proponemos que en *la primera fase*, relacionada con la *objetividad de la actuación del perito*, el juez deba referir en la motivación -de conformidad con los criterios jurisprudenciales de valoración de la prueba pericial- y de forma muy directa los siguientes datos: *nombre del perito, formación académica o experiencia profesional, modalidad de designación y la formulación de tacha o recusación de éste*, en el caso de existir.

También de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre el tema, estimamos que en *la segunda fase* el juzgador debe referirse a los parámetros objetivos de valoración relacionados con *la metodología aplicada por el perito*. Consideramos que la motivación de sentencia, con relación a la prueba pericial técnico-científica, exigiría también la expresa consideración, en ésta fase, de los criterios específicos de valoración de este tipo de prueba, de acuerdo con la doctrina desarrollada respecto al tema. Estos criterios de valoración de la prueba científica son: *determinar la existencia de consenso en la comunidad científica sobre la teoría; el método o la técnica aplicada; la existencia de anteriores publicaciones en revistas especializadas en la teoría o la técnica en cuestión; el control y posible falsabilidad de la teoría científica; el porcentaje de error conocido o potencial del método; el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica aplicada*.

Y en *la tercera y última fase* correspondería al juez considerar en la motivación de la sentencia *los razonamientos y conclusiones del dictamen y su relación con los demás elementos de prueba*.

En este capítulo también nos aventuramos a realizar una ejemplificación práctica de la propuesta de motivación de la prueba pericial, a partir de los datos disponibles en dos de las sentencias de primera instancia comentadas en el capítulo anterior.

⁴⁶² DOMINIONI, O., *La prova penale...*, cit., p. 345.

2 PRIMERA FASE: OBJETIVIDAD DEL DICTAMEN

2.1 El nombre del perito

La referencia a los elementos identificadores del dictamen proporcionará una mejor evaluación respecto a la deseada objetividad de la prueba pericial. El *nombre del perito* puede representar mucho con relación a este tema, teniendo en cuenta la buena o mala reputación que el profesional logra edificar durante su carrera⁴⁶³. Sobre la fama, recurrimos a dos ejemplos que demuestran la fuerza que ésta alcanza en la vida de una persona.

El capítulo 13, versículo 12, del Evangelio según Mateo, enseña que “*porque al que tiene se le dará y abundará, pero al que no tiene incluso lo que tiene se le quitará*”. De ésta parábola se elaboró, en el plano científico, el denominado *efecto mateo*, caracterizado por el “hecho de que los investigadores científicos eminentes cosechan aplausos mucho más nutridos, que otros investigadores, menos conocidos, por contribuciones equivalentes. Por ejemplo, si un autor famoso F colabora con un desconocido D, en un trabajo hecho casi exclusivamente por D, la gente tiende a atribuirle todo el mérito a F”⁴⁶⁴.

La literatura española también registra los efectos de la fama del hombre, ahora en su aspecto negativo⁴⁶⁵:

*“Jamás fenecerá
la fama cruel que cobras,
biua verdad que dará
testimonio de tus obras”.*

⁴⁶³ LA CRUZ BERDEJO comentando sobre el derecho al nombre afirman que “lo que aquí está en juego no sea el derecho al nombre, sino el derecho al honor y la identidad personales, a la fama de que se goza y a no soportar el sujeto que se le imputen hechos u opiniones que no ha realizado o sustentado: derechos de la personalidad, que se lesionarían mediante la utilización del nombre, por ser éste, precisamente, el signo de identificación de la persona”. LA CRUZ BERDEJO, J. [*et al.*], *Elementos de Derecho Civil*, I, parte general, v. II, Personas (Revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J.), Madrid, 2010, p. 81.

⁴⁶⁴ Conforme BUNGE citando a Robert K. Merton. BUNGE, M., “El efecto San Mateo”, *Polis: revista académica de la Universidad Bolivariana*, n. 2, 2001, p. 1. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=ANUALIDAD&revista_busqueda=7117&clave_busqueda=2001. Fecha de consulta: 23.09.2011.

⁴⁶⁵ LIDA DE MALKIEL citando al Cancionero castellano del siglo XV, n. 19. LIDA DE MALKIEL, M. A., *La idea de la fama en la edad media castellana*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 288.

Conforme observamos, la buena o mala fama de una persona suele tener repercusiones directas en sus actividades personales y profesionales, favoreciendo la credibilidad y éxito de sus acciones o conduciéndole al fracaso.

Pero si en las relaciones privadas podemos utilizar los criterios del sentido común para valorar las personas con las cuales nos relacionamos en lo cotidiano, en el ámbito de las relaciones del Poder Público no se admite su uso, ya que toda actuación del administrador debe expresarse fundadamente. Así, ¿cómo se puede admitir que la buena o mala fama del perito pueda servir de elemento para la admisión o el rechazo del dictamen?

Por una parte, consideramos que, *con relación a la buena reputación*, no habrían mayores inconvenientes en la manifestación del juez a su respecto, teniendo en cuenta que es poco probable que alguien se sienta despreciado a través de elogios, tales como *renombrado, famoso, reconocido*, aunque sea para no admitir las conclusiones del dictamen, con la excepción de que se refiera en términos irónicos. Además, el sentido positivo de la buena fama suele hacerla admisible como un *hecho notorio*⁴⁶⁶, ya que puede ser reconocido con independencia de prueba y no sería necesariamente determinante para el reconocimiento judicial de validez de las conclusiones de la prueba pericial. Ello no excluye la posibilidad de que un perito de buena fama se equivoque en la emisión del dictamen, sea por error de procedimiento o evaluación, sea por *mala fe*⁴⁶⁷. La actuación de mala fe del perito puede caracterizar el delito de falso testimonio, previsto en los artículos 459 y 460 del Código Penal (CP), y resultar en la nulidad de la sentencia firme civil y su posterior revisión, de conformidad con el artículo 344.2

⁴⁶⁶ DE LA OLIVA SANTOS conceptúa la *notoriedad* como “la calidad que el tribunal atribuye a un hecho en razón de su general conocimiento como positiva o negativamente cierto y por la cual considera innecesaria toda prueba sobre ese hecho. (...) En la práctica, la notoriedad juega un papel de muy inferior importancia a la entidad de las discusiones teóricas que ha generado. Esto se debe a que, como también observó Stein, la notoriedad sólo atañe, de ordinario, a los grandes rasgos de los hechos procesalmente relevantes y casi nunca a lo que, desde el punto de vista de la Historia, serían <<detalles>> o circunstancias muy particulares y concretas”. DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil...*, cit., pp. 312-313.

⁴⁶⁷ DE LA OLIVA SANTOS asevera que “existe un temor, en absoluto infundado, a las apreciaciones sumarias de la mala fe procesal, porque, en primer lugar, muchas veces no es sencillo ni fácil, objetivamente, acertar en la distinción entre una actuación que finalmente se considera improcedente y la que, además, es, por decirlo con término muy del uso forense, “tortícera”, maliciosamente interesada, es decir, sin que el interés pueda calificarse legítimo. Y, en segundo lugar, porque se duda de las actitudes básicas para una aplicación generalmente certera de normas razonables y prudentes”. *Ibid.*, p. 233.

LEC⁴⁶⁸.

Por otra parte, estimamos que pueden suscitar problemas cuando la hipótesis refiera al rechazo del dictamen emitido por un perito de *mala fama*⁴⁶⁹. Al igual a lo que sucede con la buena reputación, ella por sí sola no podría ser suficiente para motivar el rechazo del dictamen, toda vez que un profesional no disponga de una buena fama realice un trabajo digno de valoración positiva. Pero, a diferencia de la buena fama, que puede ser destacada mediante términos expresos en la sentencia, no imaginamos como razonable que el juez declare en la resolución que el perito sea *irresponsable, deshonesto, incompetente*, etc. Por ello es que estimamos que el reconocimiento de la mala fama del perito sólo puede darse indirectamente y mediante el reconocimiento de elementos que pueden ser externos o intrínsecos al dictamen, como por ejemplo:

1º) la comprobación de anterior condenación en uno de los delitos especiales en los que se contempla al perito como sujeto activo de la infracción, tales como el falso testimonio o el cohecho (art. 420 CP);

2º) otro elemento de convicción de la prueba pericial practicada que confirme la actuación temeraria del profesional, entre ellos, la formulación de tacha o recusación fundamentada, la omisión de dato relevante disponible, la utilización de técnica inadecuada al caso, etc.

De todos modos, nos parece inadmisibles al juez desestimar el dictamen con base en la mala fama a partir de los comentarios de los pasillos del foro, ya que es perfectamente admisible que un profesional que no disponga de una buena reputación emita un informe desprovisto de mala fe.

⁴⁶⁸ PICÓ I JUNOY sostiene que “la buena fe procesal también es exigible al perito, quien no puede efectuar su dictamen con mentiras, falseando los hechos que conozca. Por ello, tanto al perito privado (art. 335.2 LEC) como al judicialmente designado (art. 342.1 in fine LEC), se le exige 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 las que podría incurrir si incumpliere este deber como perito”. PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, 2003, p. 160.

⁴⁶⁹ TARUFFO comenta que “las normas que contienen identificaciones negativas de los hechos presentan algunos problemas semánticos, ya que las expresiones negativas designan, en realidad, cualquier hecho o comportamiento distinto de aquel indicado por el término positivo. En este sentido, la individualización del <<hecho a probar>> como presupuesto de la aplicación de la norma puede crear dificultades”. TARUFFO, M., *La prueba de...*, cit., p. 138.

2.2 La formación académica o práctica

La referencia a la *formación académica o experiencia profesional* del perito debería ser el elemento destacado en segundo lugar por el juez a la hora de motivar el dictamen pericial. No se trataría de un relato detallado del *curriculum vitae* del perito⁴⁷⁰, sino de una indicación de lo que sea esencial para relacionar la naturaleza del objeto de la pericia con su formación, proporcionando un mejor juicio acerca de su competencia sobre la materia. Ello puede asumir especial relevancia en el supuesto de que haya informes contradictorios en autos.

Con relación a la *formación académica*, el reparto de materias entre las diversas titulaciones puede generar problemas “a la hora de determinar qué profesión es la que debe practicar una prueba determinada”⁴⁷¹. “En este sentido, fruto de la falta de actualización y el desconocimiento de las competencias y atribuciones de los especialistas existentes, se producen nombramientos que, en muchos casos, no son los más adecuados en relación con la índole del asunto”⁴⁷². Por eso es que reputamos la importancia de hacerse constar en la motivación de la sentencia, tras el nombre del perito, su formación académica, toda vez que puede influir de modo determinante en la valoración de la prueba pericial, especialmente en el caso de existan dictámenes periciales contradictorios, emitidos por peritos de distintas titulaciones.

Igualmente sucede con la *experiencia profesional* del perito que también puede merecer destaque en el momento de valoración del dictamen y debe ser considerada en la motivación de la sentencia. Especialmente en los supuestos previstos en el artículo 340, *fine*, LEC, o sea, “si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas

⁴⁷⁰ JURADO BELTRÁN asevera que “es bueno que el perito exponga una breve referencia en su historial académico y relacione aquellos títulos o experiencias que más y mejor lo acrediten para desarrollar la pericia en concreto. Ahora bien, el dictamen no puede convertirse nunca en un curriculum vitae, ni desviar la importancia del mismo (su objeto) a la persona que lo suscribe”. JURADO BELTRÁN, D., “La prueba pericial en los pleitos relativos a patologías constructivas imputadas a arquitectos superiores”, en *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, en ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.), Las Rozas (Madrid), 2011, p. 1301.

⁴⁷¹ MONTERO AROCA infiere que “basta leer, por ejemplo, el reparto de competencias entre los arquitectos y los aparejadores, o entre los ingenieros agrónomos y los ingenieros técnicos agrícolas, o entre los ingenieros industriales y los ingenieros técnicos, o entre los economistas y los licenciados y diplomados en empresariales, etc.”. MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 355.

⁴⁷² GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación como...*, cit., p. 120.

materias”. “Su condición de “persona entendida” podrá deducirse de la notoriedad derivada del ejercicio de la profesión, de los antecedentes de intervenciones en otros procesos y en las mismas materias, de las referencias de terceros o incluso de la simple conformidad de ambas partes”⁴⁷³.

La referencia al *nombre* y a la *formación académica o experiencia profesional* conforman un perfil inicial del perito, no necesariamente determinantes para la valoración del dictamen, pero a nuestro juicio imprescindibles en la motivación de la sentencia, a efectos de su claridad y objetividad.

2.3 La modalidad de designación del perito

Una tercera información relevante a la hora de motivar la prueba pericial en la sentencia se refiere a *la modalidad de designación del perito*, si a instancia de parte (y cual de ellas) o por designación judicial. Sabemos que el “sistema pericial obliga a valorar con iguales criterios ambos tipos de dictámenes, lo que obliga a los tribunales a vencer una cierta inclinación a la sobrevaloración del dictamen emitido por peritos designados a través del tribunal”⁴⁷⁴. Ello no impide que la resolución pueda indicar la forma de designación del perito a la hora de motivar la sentencia. Y es que ésta referencia puede contribuir para a la comprensión de los datos considerados, técnicas empleadas y conclusiones que presenta el perito, así como con la aceptación o rechazo de dichas conclusiones por el juez. Estimamos que con la utilización de ésta técnica puede resultar más fácil al juez justificar las razones en que basa su sentencia en uno u otro informe, ya que también quedarán más claros los intereses subyacentes, cuando procedan.

De otro modo, puede resultar confusa una resolución que haga referencia a más de un dictamen pero no clarifique el origen de designación de los peritos. Ello podría ser admisible en una situación ideal de absoluta imparcialidad en la actuación de los peritos de parte, que suele no ocurrir frecuentemente⁴⁷⁵. Además, la referencia al origen de

⁴⁷³ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 63.

⁴⁷⁴ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 467.

⁴⁷⁵ NIEVA FENOLL sostiene que hay que prescindir de entrada del modo de designación del perito y centrarse en los aspectos técnicos del dictamen aunque reconozca que “en principio quepa atribuir mayor credibilidad al perito de designación judicial, que no sabemos si es parcial, que al perito de parte, que ya sabemos que lo va a ser porque, de lo contrario, el litigante no aportaría el dictamen”. NIEVA FENOLL, J., *La valoración de...*, cit., p. 288.

designación del perito en la motivación de la sentencia contribuye a la verificación del nivel de uso de la regla del contradictorio en el proceso, mediante “la identificación del material probatorio destinado a constituir la base para la decisión”⁴⁷⁶.

Estimamos que, así como *el nombre y la formación académica o experiencia profesional, la modalidad de designación del perito* no es determinante para motivar el rechazo o la aceptación del dictamen pero se constituye en una pieza que conformará la convicción del juzgador respecto la prueba pericial practicada.

2.4 La formulación de tacha o recusación del perito

El último elemento que integra la *objetividad del dictamen* y que debe ser objeto de expresa mención en la motivación de la prueba pericial refiere a *la formulación de tacha o recusación del perito*. Es decir, el juzgador debe indicar en la resolución cualquier eventual formulación de tacha al perito de parte o recusación al perito de designación judicial.

En el caso en que no se formule tacha o recusación, la información respecto al tema se limitaría a un sencillo *no* junto al respectivo elemento de la motivación. En la hipótesis de estimación de la recusación del perito de designación judicial, ella puede ser referida en los antecedentes de hecho de la sentencia pero no habrá necesidad de nueva referencia a la recusación en la motivación de la sentencia, a la vez que el perito recusado no emitirá dictamen y será sustituido por el suplente⁴⁷⁷.

Los supuestos que exigirían una motivación más detallada refieren a los casos en que es formulada tacha al perito de parte o en el que la recusación al perito judicialmente designado es desestimada.

Con relación al dictamen emitido por el perito de designación judicial cuya recusación haya sido desestimada, reputamos que el juez deba incrementar la motivación del

⁴⁷⁶ TARUFFO, M., *La prueba de...*, cit., p. 428.

⁴⁷⁷ GARBERÍ LLOBREGAT enseña que “si se desestima la recusación, el perito recusado podrá continuar desempeñando en el proceso las funciones para las que haya sido designado. (...) Si, por el contrario, se estimase la misma, el perito será sustituido por el suplente, y éste, en su caso, por el siguiente de la lista confeccionada al efecto (arts. 127.3 y 342 LEC)”. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (ha colaborado BUITRÓN RAMÍREZ, G), *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2009, p. 100.

referido dictamen, principalmente con relación a los aspectos que hayan sido apuntados como causas de la recusación. Y es que la no recurribilidad de la decisión que resuelva sobre la recusación no impide el “derecho de las partes a plantear la cuestión en la instancia superior”⁴⁷⁸.

Consideramos que el informe emitido por el perito que haya sido objeto de tacha también debe ser sometido al mismo tratamiento en la sentencia, es decir: la necesidad de una vigorosa motivación⁴⁷⁹, comprendiendo especialmente las circunstancias alegadas en la tacha, sea para reconocer la quiebra de la objetividad del dictamen y rechazarlo, sea para excluir ésta posibilidad y aceptar sus conclusiones.

3 SEGUNDA FASE: LA METODOLOGÍA APLICADA POR EL PERITO

3.1 Metodología aplicada por el perito

Una vez considerados en la sentencia los elementos relacionados con la objetividad del dictamen, compete al juez pasar a la segunda fase de la motivación, que corresponde a la referencia y apreciación de *la metodología aplicada por el perito y a los razonamientos del dictamen*.

Con relación a *la metodología aplicada*, consideramos relevante que el juez se manifieste expresamente en la motivación de la sentencia respecto *a los datos en que se basa el dictamen y al método aplicado*.

Los datos en que se basa el dictamen comprenden los elementos disponibles y efectivamente considerados por el perito para llegar a sus conclusiones. En la motivación de la sentencia la referencia a los referidos datos puede ser decisiva para la aceptación o el rechazo del dictamen, como también puede ser determinante para la inteligibilidad de la decisión judicial respecto la prueba pericial. Y es que la omisión de un dato relevante o la inclusión de un dato no probado en autos pueden resultar en conclusiones formalmente lógicas pero no admisibles para la resolución de la demanda⁴⁸⁰. “Si el experto ha sido mal informado acerca de los hechos o ha tomado en

⁴⁷⁸ MONTERO AROCA, J., *La prueba en...*, cit., p. 365.

⁴⁷⁹ MONTERO AROCA, con base en el artículo 344.2, sostiene que “la tacha se tendrá en cuenta en el momento de la valoración de la prueba, lo que parece exigir que en la sentencia se aluda de modo expreso a la tacha, tanto de hecho como de derecho”, *Ibid.*, p. 361.

⁴⁸⁰ Según FLORES PRADA “en definitiva, el tribunal debe prestar atención al sentido crítico del

consideración hechos irrelevantes o ha omitido los que sean relevantes, es probable que su opinión sea rechazada”⁴⁸¹. En todo caso, inferimos que no basta que el juez rechace las conclusiones del dictamen mediante argumentos genéricos dando cuenta de su improcedencia, sino que debe apuntar cual o cuales datos tenidos en cuenta por el perito que no son pertinentes en el proceso.

El método aplicado por el perito también merece destaque en la motivación de la sentencia sobre la prueba pericial. “El dictamen normalmente contiene un apartado donde se expone el método seguido por el perito”⁴⁸² y, en todo caso, la motivación de la sentencia relacionada a dicha prueba debe hacer referencia a ello, especialmente en los supuestos de informes contradictorios basados en métodos distintos. La identificación del método y la indicación de las respectivas operaciones periciales suelen incidir categóricamente en las conclusiones del dictamen y en la decisión judicial. Así que el análisis específico de éste tema en la sentencia debe incluir cuando procede: *los medios técnicos utilizados y su adecuación, el contacto directo del perito con el objeto material de la prueba, el modo de realización de la pericia, la proximidad con los hechos y el carácter continuo de la pericia*, cuando el caso lo exija. En definitiva, la llave para la valoración y motivación del dictamen puede estar en la verificación del método aplicado, toda vez que explica cual ha sido el camino recorrido por el perito para sacar sus conclusiones. Y es que, en materia de prueba pericial, tan importante como el resultado, es la exposición de los medios emprendidos por el profesional; el primero no puede tener validez sino con base en la existencia y la plasmación de la segunda en el informe.

Con relación al método aplicado, estimamos importante que, cuando proceda, se haga referencia a la eventual *intervención de las partes en las operaciones periciales*, prevista en el artículo 345 LEC, que en verdad significa la posibilidad de la presencia de las partes en *la actuación pericial de reconocimiento de lugares, objetos o personas*. Por lo tanto, su relación con la motivación del dictamen queda restringida a las pruebas

perito, a su celo en la averiguación objetiva y a la exhaustividad en la utilización de conocimientos y datos que permitan sostener la certeza de sus conclusiones. La pobreza de datos tenidos en cuenta por el perito incide, como señala la jurisprudencia, en la falta de credibilidad del dictamen”. FLORES PRADA, I., *La prueba pericial...*, cit., p. 404.

⁴⁸¹ KEANE, A., GRIFFITHS, J., MCKEOWN, P., *The Modern Law...*, cit., p. 540.

⁴⁸² ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., p. 146.

periciales de reconocimiento y su principal objetivo es garantizar una fiscalización por la parte interesada en el acierto e imparcialidad de dicho reconocimiento. La parte puede, por ejemplo, tomar apuntes y, entendemos que también, grabar en audio y video la referida actuación pericial de reconocimiento si es autorizada judicialmente. Ella podrá utilizar estos apuntes y grabaciones a efectos de pedir explicaciones, formular preguntas o solicitar del perito que emitió el dictamen, cualquiera de las demás actuaciones posibles cuando a personarse en el juicio o en la vista. Por lo tanto, concluimos que la motivación de la sentencia, en lo que refiere a *la intervención de las partes en las operaciones periciales de reconocimiento*, debe contestar a las siguientes preguntas: 1) ¿hubo solicitud de intervención de las partes en las operaciones periciales?; 2) ¿en caso positivo, se produjo algún cuestionamiento de la parte interesada?; de ser así, ¿en qué consistió y cuál fue el resultado? En el caso de que sea negativa la respuesta a la primera pregunta, no habrá necesidad de contestar la siguiente cuestión. Pero en caso de que se haya solicitado la presencia de parte en dicha operación pericial es necesario apuntar los desdoblamientos de la intervención: si el perito actuó en la vista, si le fueron formuladas preguntas y si éstas reforzaron o disminuyeron las conclusiones por él presentadas. Todo ello servirá para componer una completa y adecuada motivación de la sentencia con respecto a la prueba pericial.

3.2 Motivación del dictamen técnico-científico

La resolución judicial deberá también expresar, en la segunda fase de motivación del dictamen, los criterios doctrinales específicos de valoración de la prueba pericial científica o técnica. Así que, además de los razonamientos presentados por el perito, la motivación de la sentencia deberá manifestar cuando proceda, con relación a los siguientes aspectos: *la existencia de consenso en la comunidad científica sobre la teoría, el método o la técnica aplicada; la existencia de anterior publicación en revista especializada de la teoría o la técnica en cuestión; el control y posible falsabilidad de la teoría científica; el porcentaje de error conocido o potencial del método; el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica aplicada.*

Sostenemos que la motivación detallada sobre cada uno de esos elementos, siempre que sea posible, facilita la tarea valorativa del juez y aclara sus razones de decidir, proporcionando una mejor comprensión de la decisión. Para que el juzgador pueda desarrollar esta actividad, el dictamen científico-técnico debe contener informaciones

suficientes respecto a los referidos elementos, teniendo en cuenta que “la presentación de manera hilada de los conocimientos, sin saltos en la lógica argumentativa, con aportación de multitud de elementos y explicaciones suele considerarse de manera positiva en términos de valoración judicial”⁴⁸³. Y en sentido contrario, la omisión de los elementos indicadores del método científico contribuye no sólo al descrédito del dictamen sino que también puede impedir una correcta motivación, toda vez que el juez no estaría obligado a conocerlos.

El análisis expreso en la motivación del dictamen de cada uno de los diversos elementos que integran los paradigmas doctrinarios de valoración de la prueba pericial científica puede componer un referencial de seguridad al juzgador al proferir su decisión, disminuyendo los riesgos de la aceptación judicial de la *pseudociencia*⁴⁸⁴ en el proceso. “Sólo con esta motivación el juez puede evitar la sospecha de que no haya ejercido su función de *peritus peritorum*, es decir, que se le considere como mero receptor pasivo de la opinión del experto”⁴⁸⁵.

4 TERCERA FASE: LOS RAZONAMIENTOS Y CONCLUSIONES DEL DICTAMEN Y SU CONFRONTACIÓN CON OTROS MEDIOS DE PRUEBA

4.1 Los razonamientos del dictamen

Además de los elementos que integran el método empleado por el perito, en la segunda fase de a motivación, el juez debe dejar constancia de la motivación sobre *los razonamientos del dictamen* para conformar su convicción respecto a la prueba pericial. No es suficiente la adecuación del método o la técnica aplicada por el perito si se ha partido de afirmaciones que no corresponden a la realidad fáctica.

El juez procederá a la confrontación de los razonamientos considerados por el perito con las alegaciones de las partes y demás elementos de prueba del proceso. El perito de

⁴⁸³ PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico...*, cit., p. 166.

⁴⁸⁴ TARUFFO comentando el uso probatorio de la ciencia, enseña que “es necesario distinguir entre la <<buena ciencia>> y la <<mala ciencia>> o pseudociencia (o *junk science*), es decir, entre métodos y conocimientos dotados de efectiva validez científica y pretendidos métodos o conocimientos que se presentan como dotados de dignidad científica, pero que no han sido validados científicamente”. TARUFFO, M., *Simplemente la verdad...*, cit., p. 241.

⁴⁸⁵ TARUFFO, M., *La prueba*, cit., p. 294.

parte, por ejemplo, suele tener en cuenta como verdaderas las informaciones sobre los hechos que les son presentadas por la parte contratante, pero no siempre estas informaciones son confirmadas como verdaderas al final de la instrucción probatoria. De ahí, puede suceder que las conclusiones del dictamen no correspondan a la realidad obtenida a partir del conjunto probatorio, aunque el método utilizado sea el adecuado para el caso y aunque el perito lo haya aplicado correctamente. Y es que la tarea de determinar cual de las versiones presentadas en autos corresponde a la *verdad* sólo puede ser atribuida al órgano juzgador⁴⁸⁶, teniendo en cuenta su competencia jurisdiccional, su especial formación e imparcialidad y por el hecho de disponer de todo el acervo alegatorio y probatorio procesal⁴⁸⁷.

Sostenemos que el juez deba dejar constancia en la motivación de la sentencia que los razonamientos del dictamen están conforme a la realidad procesal. Ello puede favorecer la comprensión de la eventual admisión del dictamen, con excepción de que otro elemento valorativo conduzca al rechazo. Igualmente abogamos para que se de mayor énfasis en la motivación de la prueba pericial cuando los razonamientos del informe no se adecuen a la realidad fáctica comprobada en autos; en este supuesto, el rechazo del dictamen nos parece ineludible.

4.2 Las conclusiones del dictamen en la motivación de la sentencia

Una vez superada la motivación con relación a las etapas primera, relativa a la objetividad del dictamen, y segunda, que se refiere a la metodología aplicada y razonamientos del informe, el juez debe expresarse puntualmente en la sentencia

⁴⁸⁶ Conforme TARUFFO, la narración presentada por el juez en su decisión final “es *verdadera*, no sólo en el sentido de que expresa una pretensión de verdad, sino porque el juez afirma que es verdadera sobre la base de la confirmación que ofrecen las pruebas que han sido practicadas y valoradas. En el contexto del proceso, un enunciado de hecho se considera verdadero en la medida que haya sido confirmado por pruebas: <<verdadero>> es equivalente a <<probado>>. Por consiguiente, la narración final construida por el juez es definitivamente verdadera, porque ha sido probada como verdadera”. TARUFFO, M., *Simplemente la verdad...*, cit., p. 66.

⁴⁸⁷ A diferencia de los razonamientos del perito, que dispone de las informaciones parciales o primarias sobre los hechos, el juez, conforme infiere MIRANDA VÁZQUEZ, alcanza la realidad mediante “un proceso de comparación o enfrentamiento de términos o datos duales, que deben corresponderse. Se trata, en última instancia, de enfrentar información precedente de dos orígenes distintos: las alegaciones de parte y las fuentes de prueba. Así las cosas, el razonamiento empleado para probar consiste, esencialmente, en una actividad de enfrentamiento y comparación o relación –según el caso- de datos”. MIRANDA VÁZQUEZ, C. de., “El juicio de...”, cit., p. 231.

respecto a *las conclusiones presentadas y su relación con el resultado de las demás pruebas practicadas*.

Las conclusiones del informe pericial deben ser claras, sencillas, fundadas y coherentes⁴⁸⁸, toda vez que se constituyen en el momento culminante de la prueba a través de las cuales “el perito suele pronunciarse en grado de certeza, probabilidad o posibilidad sobre los hechos sometidos a su conocimiento”⁴⁸⁹ y también, en su caso, ofrecer “respuestas a las preguntas formuladas objeto de la pericia”⁴⁹⁰.

En el caso de que sean emitidos dos o más dictámenes, que presenten conclusiones contradictorias, consideramos que, además de la motivación de la sentencia en cuanto a sus conclusiones con los demás elementos de prueba, se haga también una especial referencia sobre las discrepancias existentes entre ellos.

Reputamos que se debería considerar en primer lugar una eventual existencia de conclusiones contradictorias en el mismo informe o de conclusiones que no estén coherentes con sus demás elementos inherentes a la *objetividad, a la metodología aplicada y a los razonamientos*. Una vez detectada contradicción o la incoherencia se rechazase desde luego uno de los dictámenes, y a continuación se pasase a la confrontación de las conclusiones del informe admitido como bueno con los demás elementos de prueba. Y, en el caso de que el examen referido no permita *prima facie* la inadmisibilidad de uno de los informes, se procedería a continuación a la confrontación de las conclusiones presentadas con los resultados de las demás pruebas practicadas⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ JURADO BELTRÁN advierte que “las conclusiones a que se llegue en cualquier peritaje han de ser claras y sencillas y sobre todo gozar de la credibilidad exigible. La rotundidad de un perito no es igual a fiabilidad. Tan importante como la congruencia es la propia unidad lógica de todo el dictamen, desde el trabajo de campo a las conclusiones, pasando por todos sus razonamientos”. JURADO BELTRÁN, D., ““La prueba pericial...”, cit., p. 1305.

⁴⁸⁹ ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, cit., pp. 151-152.

⁴⁹⁰ ANDRÉS JOVEN, J., “El dictamen de especialistas y el dictamen de peritos”, en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), Barcelona, 2006, p. 66.

⁴⁹¹ NIEVA FENOLL, en el mismo sentido, sostiene que “en la motivación de la sentencia, suponiendo que el juez posea dos dictámenes contradictorios, tendrá que proceder al análisis separado de cada uno con los criterios objetivos vistos anteriormente. El dictamen que resulte mejor fundamentado según esos criterios será el dictamen que tendrá que seguir. Pero, el problema, en realidad, todavía no se ha resuelto, porque es posible que los dos dictámenes estén perfectamente fundamentados siguiendo todos los parámetros de calidad, y no quepa dudar en absoluto de la profesionalidad de los peritos. (...) Ante tal problema, otra vía de salida sería acudir a la resultancia de otras pruebas”. NIEVA FENOLL, J., *La valoración de...*, cit., pp. 301

4.3 La confrontación de las conclusiones con los otros medios de prueba

Más allá de los aspectos referidos en los apartados anteriores, las conclusiones del dictamen pueden ser consideradas válidas y verdaderas cuando hayan sido confirmadas por las demás pruebas disponibles⁴⁹², desde que éstas también hayan sido admitidas como verdaderas en la decisión. Y es que también puede suceder que el dictamen prevalezca sobre las demás pruebas, ya que “cada uno de los hechos no es fijado en virtud de un algo etéreo, generalizado e incluso un tanto inexplicable desde el punto de vista racional: por el contrario, ha de ser producto de la certeza causada, bien por un medio de prueba concreto capaz por sí sólo de acreditarlo, bien, en el caso de que concurren varios medios de prueba sobre el mismo hecho, por la prevalencia que racionalmente se otorgue a uno respecto de otros, si se contradicen o por la fuerza probatoria que cada uno de ellos posea, si apuntan en una misma dirección, originándose indudablemente una certeza mayor al ser varios y no uno sólo”⁴⁹³.

De ahí podemos concluir que la validez de las conclusiones del informe pericial va a depender de dos variantes: primero, del potencial margen de acierto de su método y segundo, de su confrontación con el resultado de las demás pruebas practicadas. Cuanto mayor sea el margen porcentual de acierto de los resultados asegurado por el método empleado por el perito, mayor será la fuerza de convicción judicial del dictamen sobre el resultado de los demás medios de prueba; y cuanto menor sea el porcentaje de acierto de los resultados demostrados por el respectivo método o cuando no se pueda atribuir parámetros de ésta naturaleza, menor será la fuerza de las conclusiones del informe con relación a la resultancia de las otras pruebas practicadas.

Si una prueba pericial es practicada a través de un método que asegure un altísimo índice de probabilidad en sus resultados y las demás pruebas confirmen la opinión del perito, el juez podrá fácilmente inferir la validez y veracidad de las conclusiones del dictamen. En teoría, el juez también estaría autorizado a aceptar las conclusiones del

y 302 respectivamente.

⁴⁹² TARUFFO afirma que “un enunciado puede ser aceptado como verdadero bajo la condición de que haya sido adecuadamente confirmado por las pruebas disponibles: faltando esta confirmación, el enunciado no puede considerarse ni verdadero ni falso y no constituye, entonces, un fundamento válido para la decisión final”. TARUFFO, M., *Simplemente la verdad...*, cit., p. 269.

⁴⁹³ JIMENEZ CONDE, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978, p. 311.

informe que utilice éste método aunque sus conclusiones sean contradictorias con el resultados de las demás pruebas.

Las confrontaciones más polémicas pueden ocurrir en los supuestos de contradicción entre las diversas pruebas practicadas y las conclusiones del dictamen que estén basadas en métodos que proporcionen bajos índices porcentuales de aciertos o cuyos índices, por la naturaleza de la pericia, no son conocidos o no puedan ser estimados. Coincidimos con TARUFFO que, “en estas circunstancias, el juzgador tiene que elegir entre, al menos, dos versiones diferentes del hecho, una positiva y otra negativa, ambas apoyadas por una parte de los medios de prueba presentados. El problema es elegir una de estas versiones: la elección racional indicaría que debe elegirse la versión, positiva o negativa, que esté sustentada por pruebas preponderantes, es decir, por el grado relativamente superior de probabilidad lógica”⁴⁹⁴.

Consideramos que la propuesta planteada de motivación del dictamen pericial puede contribuir al objetivo de clarificar la resolución judicial en los supuestos de aceptación o rechazo de las conclusiones del perito, tanto cuando se presenten conformes con las demás pruebas practicadas, como en el caso de contradicción con alguna de ellas.

5 DOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN DE LA MOTIVACIÓN DEL DICTAMEN EN TRES FASES

5.1 Breve introducción

A continuación nos proponemos a exponer la aplicación de la propuesta de motivación del dictamen pericial, a partir de la selección de dos de las sentencias comentadas en el capítulo anterior. La selección de las sentencias que servirán de ejemplo fue realizada de acuerdo a los siguientes parámetros: 1) contienen el mayor número de informaciones sobre los elementos del dictamen; 2) en ellas se han practicado más de un dictamen.

La técnica de ejemplificación consiste inicialmente en transcribir los Fundamentos de Derecho de la sentencia que poseen información sobre los dictámenes que serán sometidos a la aplicación del sistema. Dichas informaciones serán ordenadas de acuerdo a la propuesta de motivación del informe pericial. Destacamos que los ejemplos se

⁴⁹⁴ TARUFFO, M., *La prueba*, cit., p. 141.

limitarán exclusivamente a la motivación del dictamen y no habrá inclusión de información no contenida en la sentencia original ni tampoco alteración de juicio respecto a la prueba pericial.

5.2 Primero ejemplo: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid 977/2010 de 5 de julio, Sección 46, Rec: 1273/2008

La técnica predominante utilizada por el juzgador fue la motivación conjunta de la prueba, conforme se comentado en el capítulo anterior. El caso trata de una acción de reclamación de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual derivada de las lesiones en el aparato respiratorio sufridas por personas habitantes de los municipios de Cerdanyola del Vallés y Ripollet, dándose la circunstancia de que dichas personas habían habitado durante décadas en las proximidades de la fábrica dedicada a la elaboración de fibrocemento a partir del amianto, o eran familiares que convivían con los trabajadores empleados en dicha fábrica, y que, en todo caso, la empresa esparcía los residuos del amianto por las calles de ambos municipios, dejando en el aire polvo de asbesto. La parte demandada arguyó la prescripción de las acciones y manifestó oposición a la demanda, negando la existencia de responsabilidad extracontractual y sosteniendo el cumplimiento de las medidas legales y reglamentarias existentes en cada momento sobre controles ambientales dentro de la factoría, ropa de trabajo, emisiones y residuos.

El modo de desarrollar la ejemplificación práctica consistirá en primera instancia en la transcripción de los fundamentos de derecho de la sentencia en estudio y, a continuación, en la aplicación de la técnica de motivación trifásica del dictamen, de acuerdo a los elementos disponibles en ellos.

De la sentencia en análisis, importa destacar dos Fundamentos de Derecho que refieren a la prueba pericial: el Fundamento de Derecho 4º que trata de *las consideraciones médicas sobre las consecuencias de exposición al amianto*; y el Fundamento de Derecho 7º relativo a *los criterios determinantes de posible indemnización* (consideraciones médicas sobre placas pleurales, mesotelioma, insuficiencia respiratoria obstructiva y restrictiva, etc.), que, en la práctica, analiza las actuaciones de los peritos en la vista.

Destacamos que, en el Fundamento de Derecho 4º, más allá de analizar los informes periciales practicados, el juez se refiere a una prueba documental científica aportada por una de las partes sobre el tema.

Teniendo en cuenta el interés meramente ilustrativo, nos limitaremos a aplicar el modelo de motivación propuesto sobre dos de los informes periciales referenciados en los fundamentos de derecho arriba mencionados: el informe presentado por el Dr. D. Sabino, designado a instancia de la parte demandante, y el informe del Dr. D. Cándido, designado por la parte demandada. Asimismo, restringiremos la confrontación de los dictámenes con la prueba documental presentada y con la actuación de los peritos en la vista, únicamente a partir de los datos contenidos en los dos fundamentos aludidos, informaciones que se encuentran disponibles en el texto del presente trabajo.

Sin embargo, no se considerarán los elementos de prueba contenidos en el Fundamento de Derecho 8º, que trata de los diagnósticos: posibles secuelas e indemnizaciones y refiere a las conclusiones de los peritos y sus *referencias concretas a cada uno de los demandantes*. Y es que la inclusión de las informaciones de éste fundamento, más allá de poder resultar en un abordaje materialmente muy extenso, exigiría el conocimiento de todos los aspectos de la demanda y la consecuente ampliación del presente trabajo que excede en este momento nuestro objetivo.

A) Transcripción de los Fundamentos 4º y 7º de la sentencia.

“SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE MADRID 977/2010 DE 5 DE JULIO, SECCIÓN 46, REC.: 1273/2008, PONENTE: SANCHEZ BELTRÁN. (ID CENDOJ: 28079420462010100001).

FD. 4º: CONSIDERACIONES MÉDICAS SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE EXPOSICIÓN AL AMIANTO.

A) Informe del Dr. D. Cándido, especialista en Neumología: (documento número 4 de los aportados con la contestación a la demanda). En dicho informe se afirma lo siguiente: "la exposición al amianto puede ser laboral, doméstica o ambiental. La inhalación de sus fibras, tras un largo período desde el comienzo de la exposición, denominado periodo de latencia, puede producir enfermedades pleuropulmonares. Es aceptado, en general, por la comunidad científica que ha de transcurrir un tiempo mínimo necesario entre la exposición al amianto y la aparición de enfermedades relacionadas con dicha exposición. Para la asbestosis se calcula un período superior a los 20 años y para el mesotelioma un periodo de 20 a 50 años, con un promedio superior a los 30 años. En la aparición de estas enfermedades influyen numerosos factores, unos relacionados con las fibras (naturaleza química, características aerodinámicas), otros con la exposición (concentración de partículas,) y otros con el individuo (tipo de respiración, capacidad de depuración y eliminación de las partículas y, sobre todo, la susceptibilidad personal, quizá determinada genéticamente)..... Entre

las enfermedades asociadas con la exposición al amianto se incluye el mesotelioma, enfermedad maligna que puede parecer en la pleura, pericardio, peritoneo y túnica vaginalis testicular, si bien en más del 90% de casos la afectación es pleural. En la mayoría de estudios publicados se ha podido asociar con la exposición al amianto en el 70-75% de los casos, con un periodo de latencia de 20-50 años, y un promedio superior a los 30 años. Otros casos se han asociado a la inhalación de otro tipo de fibras, algunas sustancias químicas, radiaciones previas, virus (SV 40), quedando un porcentaje de casos en los que no es posible establecer relación causal" (páginas 3 y 4); en la página 8 del informe se precisa que "excepto la pleuresía benigna, todas las otras enfermedades relacionadas con el amianto, una vez instaladas son irreversibles y, en mayor o menor medida, progresivas"; en el apartado "Exposición potencial al amianto", y concretamente como "exposición ambiental no laboral" (página 10), se citan las siguientes: 1. Tráfico Rodado: Alta incidencia (80-90%) de cuerpos asbestósicos en necropsia de habitantes de Ciudad, mucho menor en el medio rural. 2. Terrenos contaminantes. 3. Exposición espontánea natural: Ciertas regiones tienen estratos rocosos superficiales con fibras de restos (Turquía, Grecia, Italia, Bulgaria, California...). 4. Explotación de carreteras y uso de material extraído: A veces se utilizan rocas para construcción de carreteras, escuelas, pavimentos, patios de recreo, aparcamientos, sin conocer que pueden ser causa de exposición al asbesto (Rockville, Mariland). En Capadocia (Turquía) se produjeron casos de mesotelioma y alteraciones radiológicas pleuropulmonares por uso en la construcción y blanqueo de las viviendas, de tierras contaminadas por heroinita, un tipo de zeolita, constituido por silicatos de estructura fibrosa parecidos al asbesto. Es posible que en España exista algún riesgo semejante. Terrenos serpentinosos se hallan en extensas áreas de nuestro país: en el País Vasco, en Galicia, en los Valles de Bielsa y Gistain, Pirineo de Huesca, lugares de las provincias de Burgos, Madrid, Segovia, Badajoz, Lérida, Almería, en Sierra Morena y en las Alpujarras"; en el apartado "Factores que influyen en el desarrollo de las neuromoconiosis" (página 12) se indica que "cuando se alcanzan concentraciones de partículas de 0,5 micras superiores a 1000 por mililitro, sólo se eliminan el 90% de ellas, siendo suficiente el 10% restante para producir daño pulmonar..... en el caso del amianto, la mayoría de enfermedades derivadas de su exposición, con excepción del mesotelioma, requieren tiempos largos. El mesotelioma puede desarrollarse con periodos de exposición cortos, puesto que no existe un umbral conocido por debajo del cual no se puede reproducir mesotelioma"; al tratar de los mecanismos de defensa del aparato respiratorio del ser humano (página 13), el informe precisa que "la eficacia de muchos de estos mecanismos de defensa puede ser disminuida por diversas agresiones y condiciones ambientales, entre ellas el humo del cigarrillo", y en la página siguiente añade que "algunos investigadores han demostrado un efecto sinérgico del humo del cigarrillo sobre el desarrollo de asbestosis, si bien la base patogénica de la asociación no está clara. El humo del cigarrillo contiene agentes químicos citostáticos y tóxicos, capaces de alterar en transporte mucociliar y la función de los fagocitos, es decir, disminución los mecanismos de defensa pulmonares. Estos fenómenos podrían alterar la deposición intrapulmonar del asbesto, y asociarse con una mayor retención de éste en los pulmones".

B) Sobre la relación que en el ámbito científico se aprecia entre el mesotelioma pleural y la exposición al amianto, puede citarse la Tesis doctoral elaborada por el Dr. D. Ignacio que se aporta a la demanda como documento número 5, destacando entre sus afirmaciones los siguientes: se ha estudiado el efecto de la exposición doméstica a los familiares que lavar la ropa de trabajadores expuestos al amianto; también se ha estudiado el efecto de la exposición

ambiental debida a la residencia cerca de una fuente puntual de emisión de amianto. Sin embargo, hasta ahora no se había analizado si la contaminación ambiental o doméstica de la población general en ambas industrias puede ser una causa de mesotelioma pleural..... en los 53 casos y 232 controles sin evidencia de exposición ocupacional se observó un incremento del riesgo de mesotelioma pleural asociado a la utilización de amianto en el domicilio o a la presencia de productos que pudiesen desprender fibras, así como en los residentes en un radio de 2 km respecto a alguna industria que utilizarse amianto" (folio 5); en el folio 14 (Etiología), se afirma que "es ampliamente aceptado que la principal causa de mesotelioma es la exposición al amianto"; en el folio 17 (Efectos sobre la salud), se indica que "además del efecto carcinogénico sobre la pleura o el peritoneo, el amianto es reconocido como agente causal del cáncer de pulmón. La patología del carcinoma broncopulmonar causado por amianto no es diferente de la de los demás tumores de pulmón, en su mayor parte causado por el hábito de fumar. El efecto conjunto de ambos factores (amianto y tabaco) produce un incremento del riesgo de cáncer de pulmón casi multiplicativo.....además de los efectos carcinogénicos la inhalación de fibras de amianto es causa reconocida de otras patologías.....".

C) Informe sobre los efectos del amianto sobre la salud, elaborado por el Dr. D. Sabino (documento número 6 de los aportados a la demanda). En sus conclusiones se indica que "la exposición al amianto con una intensidad significativa es muy peligrosa para la salud. Los principales problemas se producen en el pulmón y la pleura en forma de información genética y de cáncer. Es por todo ello que los individuos expuestos a amianto deben ser controlados de forma anual, de acuerdo con la orden de 31 de Octubre de 1984, para poder detectar la eventual aparición de alguna de las enfermedades comentadas".

D) También se contienen consideraciones médicas de especial interés en los Informes sobre "RADIOLOGÍA Y ASBESTO" elaborado por el Dr. D. Pablo Jesús, y sobre "PLACAS PLEURALES" elaborado por el Dr D. Ceferino (documentos nº 22 y 23 de contestación a la demanda). Ambos fueron oídos en una de las sesiones del juicio, y en ellas expusieron algunos de sus conocimientos científicos contenidos en los informes.

FD. 7º: CRITERIOS DETERMINANTES DE POSIBLE INDEMNIZACIÓN. Consideraciones medicas sobre placas pleurales, mesotelioma, insuficiencia respiratoria obstructiva y restrictiva, etc.

En la ratificación de los distintos informes periciales se advierten algunos matices de tipo científico-médico que se consideran importantes a la hora de reconocer derecho a indemnización a favor de cada uno de los demandantes en función de las mayores o menores consecuencias que ha producido en ellos el contacto con el asbestos. Así, con relación a las "placas pleurales". Así, el Dr. José Enrique (Máster en Valoración del Daño Corporal), perito propuesto por la parte demandante, destaca que se trata de "un daño continuado", la enfermedad es progresiva, aunque sea lentamente, y que todas las enfermedades derivadas de asbestos afectan de forma restrictiva a la capacidad respiratoria, aunque reconoce que pueden ser consideradas como benignas. En la totalidad de sus informes reconoce secuelas valorables, si bien sin matizar si deben ser atribuidas, o no, a la exposición al asbesto.

Por su parte el perito Dr. Hernan (especialista en Neumología), propuesto por la parte demandada, después de hacer una referencia a los sectores industriales en los que se utilizará el asbesto como son la fabricación de calor y jugadores, pastillas de frenos y pastillas centrales, el sector textil trajes y mis jugos, en el aval recubrimiento de barcos, en el ejército los tanques, etc., indica que las placas pleurales son signos de exposición al amianto, son engrosamiento de la

pared de la pleura, a veces se calcifican, lo que es muestra de resolución, en general no alteran la vida de la persona, pero en algunos casos, los mínimos, sí la afectan porque producen efecto restrictivo, en cuyo caso si se consideran como alteración indemnizarle; añade que si no se produce el efecto restrictivo, lo cual ocurre en la mayoría de las ocasiones, simplemente son muestra de exposición al amianto, y conviene controlarlas periódicamente; depende del tamaño, pero no se puede establecer una relación precisa con ese factor; la espirometría no da una idea de la restricción, sólo de la sospecha porque hay una disminución hasta por debajo de 70% de la capacidad vital forzada, a partir de ahí hay que hacer otras pruebas en un lugar especializado (citar la pletismografía corporal y la alveolodifusión), y si en base a esas otras pruebas resulta el efecto restrictivo sí habrá un perjuicio inevitable; además, dice, que para la práctica de la espirometría se necesita la colaboración del paciente, de forma que por sí sola no sirve. En sentido similar se manifiesta en acto de ratificación el Dr. Ceferino (especialista en Neumología), que, después de comentar que él y el Dr. Hernan ya se propusieron en 1984 que se prohibiera la utilización del amianto, pero por determinadas circunstancias no se tomó esa medida, manifiesta que la espirometría no es absolutamente fiable, llegando incluso a manifestar que se hizo a sí mismo dos espirometrías, una con resultado obstructivo y otra con resultado restrictivo, insistiendo que habría que hacer otras pruebas si el resultado fuera restrictivo; mientras que Don José Enrique manifestó que el hecho de tener placas pleurales es prácticamente señal inequívoca de haber tenido contacto con los restos, el Dr. Ceferino defendió que también se manifiestan en la tuberculosis, determinadas infecciones, etc., pudiera fijarse en un 62% los casos en que tengan su causa en los restos, extremo en el que también coincidió con el Dr. Hernán; añadió el Dr. Ceferino que cuando las placas influyen en la función pulmonar, es que tienen también afección intersticial, pero la placa pleural "per se" no tiene por qué producir restricción, no tiene por qué afectar a la capacidad pulmonar sino degeneran en afecciones malignas. En sentido parecido se pronunció también el Dr. Cándido, especialista en neumología, que precisa que las alteraciones ventilatorias relacionadas con el asbestos son de dos tipos: benignas y malignas; las benignas se manifiestan en la pleura, mediante placas o rosa mientras pleurales, derrame pleural benigno, fibrosis difusa o paquipleuritis y atelectasia redonda o síndrome de Berezowski; y las malignas en forma de mesotelioma de pleura o peritoneo y cáncer de pulmón, y fibrosis pulmonar o asbestosis; por otra parte puede ser de tipo constructivo o restrictivo, siendo las primeras aquellas que suponen una dificultad o reducción de la velocidad de salida del aire, y las segundas las que implican pérdida de volumen o capacidad pulmonar; las benignas no progresan, y si progresan es muy lentamente; por otra parte los expuestos al amianto, si además eran fumadores, tenían una probabilidad muy superior de desarrollar cáncer de pulmón; también destaca que en la espirometría se necesita la colaboración de paciente, y es fácil llegar a la conclusión de que una espirometría no es correcta, destacando especialmente que en ese caso no se debe evaluar, sobre todo cuando hay otras correctas sobre la misma persona, de otros años, como manifiesta el doctor con motivo de ratificación de informe de alguno de los demandantes, por como por ejemplo la señora Flor. Los referidos Drs. ratificaron sus respectivos informes de forma individual. Posteriormente comparecieron juntos los Drs. Pablo Jesús y José Miguel y Cipriano (especialistas en radiología), Cándido (neumólogo), Dra. Ana, a los efectos ratificarse cada uno en sus respectivos informes y responden de forma sucesiva a las preguntas formuladas por los Letrados sobre cada uno de los informados. Con carácter general, el Dr. Ángel manifestó que las placas pleurales se provocan como reacción a diversos agentes tóxicos, pueden tener otras causas además del contacto con el asbesto, como puede ser tuberculosis o

traumas, pero si no concurren estas otras causas, ha de concluirse que se deben a exposición al resto, pero que en todo caso no son una manifestación premaligna; y que calcificación quiere decir que las placas son más viejas, que aparecen con los años.

En cuanto a la expresión engrosamientos apicales, el doctor Cándido manifestó que cuando hay lesión apical la causa en personas de edad avanzada como la de los informados, en el 99% de los casos se puede asegurar que son debidas a un proceso inflamatorio predio específico, tuberculoso, antiguo.”

B) Algunas consideraciones sobre la sentencia citada.

No excluimos la viabilidad de motivar en el mismo fundamento de derecho las pruebas periciales y documentales practicadas respecto al mismo tema. Pero esta alternativa no permitiría claridad y objetividad respecto a qué tipo de prueba está en análisis, como en el caso en que la motivación de la prueba pericial fuese realizada en un fundamento distinto del relativo a la prueba documental. Ello sí que permitiría la inclusión en la motivación del dictamen de un apartado específico destinado a confrontar el informe pericial con la prueba documental.

Consideramos oportuno también establecer un orden lógico secuencial para que el informe aportado por la parte demandante fuese motivado con anterioridad al dictamen pericial de la parte demandada, a diferencia de lo que se observa en la sentencia en estudio.

Además llamamos la atención sobre la relevancia de identificar el nombre del perito, su forma de designación y su formación profesional. Y es que, una vez identificado por su nombre o apellido, o por la forma de su designación o por su formación, ésta referencia sea mantenida durante todo el texto de la sentencia, especialmente cuando se haya practicado más de dos dictámenes. Parfraseando el himno *popular* de uno conocido equipo de fútbol de Brasil⁴⁹⁵: *una vez Flamengo, siempre Flamengo*. Así que una vez que se empiece a denominar al Dr. D. Fulano, letrado en Artes, designado a instancia de la parte autora, se debería seguir con la misma denominación hasta al final de la resolución y no cambiar para, a partir de determinado fundamento jurídico, llamarlo por su apellido, por ejemplo. Ello facilita la comprensión de la resolución, sin necesidad de tener que hacer un juego de adivinanza para saber cual perito o qué informe se está analizando.

⁴⁹⁵ El *Clube de Regatas do Flamengo* tiene dos himnos: uno oficial y uno popular. Disponible en <http://www.flamengo.com.br/site/conteudo/detalhe/385>. Fecha de consulta: 3.10.2011.

Como ejemplo de las dificultades que puede generar la no precisión en la identificación del perito o el cambio de la referencia a su nombre o apellido, se puede citar la sentencia en estudio. En su Fundamento de Derecho 4º se refiere a la aportación de cuatro informes:

- 1) el informe del Dr. D. Sabido, aportado con la demanda, sin ninguna referencia a su formación académica;
- 2) el informe del Dr. D. Cándido, aportado por la contestación, especialista en Neumología;
- 3) el informe del Dr. D. Pablo de Jesús sobre Radiología y asbesto, aportado por la contestación;
- 4) el informe sobre placas pleurales del Dr. D. Ceferino, también presentado por el demandado.

No obstante, en el Fundamento de Derecho 7º, que trata de las actuaciones de ratificación de los peritos en la vista, la sentencia se refiere al acto de ratificación de otros seis profesionales, sin una referencia anterior a su informe, ellos son: Dr. José Enrique, Master en Valoración del Daño Corporal, propuesto por la parte demandante; Dr. Hernán, especialista en Neumología, propuesto por la parte demandada; Doctores D. José Miguel y D. Cipriano, especialistas en radiología (conjuntamente con el Dr. D. Pablo de Jesús); Dra. D. Ana; y Dr. D. Ángel. El citado fundamento también se refiere a la ratificación del Dr. D. Cándido y del Dr. D. Ceferino, pero no menciona el acto con relación al Dr. D. Sabino.

A modo de ilustración, cuando proceda la ejemplificación de aplicación del modelo de motivación que planteamos, cuando se trate de las actuaciones de los peritos en la vista, serán atribuidos al perito Dr. D. Sabino los razonamientos orales del perito Dr. D. José Enrique, así como serán cargados al perito Dr. D. Cándido los argumentos utilizados en la vista por el perito Dr. D. Hernán. También a título de ilustración será atribuida al Dr. D. Sabino la formación de Master en Valoración del Daño Corporal.

Además reiteramos lo anteriormente comentado en el capítulo dedicado a la motivación de la sentencia, que la sencilla transcripción de los términos del dictamen no contribuye a la comprensión del valor atribuido por el juez a la prueba pericial. Por ello es que sugerimos la motivación en tres fases, que permite una sistematización de la prueba pericial, de acuerdo a los siguientes términos:

C) Aplicación de la propuesta de motivación del dictamen pericial en tres fases a la SJPI Madrid 977/2010 de 5 de julio, Sección 46, Rec.:1273/2008.

**FD 4º: CONSIDERACIONES MÉDICAS SOBRE LAS
CONSECUENCIAS DE EXPOSICIÓN AL AMIANTO.**

DICTAMEN APORTADO CON LA DEMANDA.

PRIMERA FASE.

1. NOMBRE DEL PERITO: Dr. D. Sabino.
2. FORMACIÓN ACADÉMICA: Máster en Valoración del Daño Corporal.
3. MODALIDAD DE DESIGNACIÓN: a instancia de la parte actora.
4. FORMULACIÓN DE TACHA: No.

SEGUNDA FASE.

5. METODOLOGIA APLICADA: el análisis de estudios sobre el tema (tesis doctoral) y de la legislación en estudio (la orden de 31 de Octubre de 1984).

TERCERA FASE.

6. RAZONAMIENTOS ORALES: coherentes, por lo menos en parte con los escritos, una vez que destaca que se trata de un daño continuado, la enfermedad es progresiva, aunque sea lentamente, y que todas las enfermedades derivadas de asbestos afectan de forma restrictiva a la capacidad respiratoria, aunque reconoce que pueden ser consideradas como benignas.

7. CONCLUSIONES ESCRITAS:

- 7.1. La exposición al amianto con una intensidad significativa es muy peligrosa para la salud”.
- 7.2. Los principales problemas se producen en el pulmón y la pleura en forma de información genética y de cáncer.
- 7.3. Los individuos expuestos al amianto deben ser controlados de forma anual, de acuerdo con la orden de 31 de Octubre de 1984, para poder detectar la eventual aparición de alguna de las enfermedades comentadas.

8. CONFRONTACIÓN CON LA PRUEBA DOCUMENTAL (Tesis doctoral elaborada por el Dr. D. Ignacio que se aporta a la demanda): las conclusiones presentadas por el dictamen coinciden con los razonamientos y conclusiones de

la tesis que ha estudiado el efecto de la exposición doméstica a los familiares que lavan la ropa de trabajadores expuestos al amianto; también se ha estudiado el efecto de la exposición ambiental debida a la residencia cerca de una fuente puntual de emisión de amianto. En definitiva la tesis concluye que: en los 53 casos y 232 controles sin evidencia de exposición ocupacional se observó un incremento del riesgo de mesotelioma pleural asociado a la utilización de amianto en el domicilio o a la presencia de productos que pudiesen desprender fibras, así como en los residentes en un radio de 2 km respecto a alguna industria que utilizase amianto; que es ampliamente aceptado que la principal causa de mesotelioma es la exposición al amianto; y que además del efecto carcinogénico sobre la pleura o el peritoneo, el amianto es reconocido como agente causal del cáncer de pulmón.

DICTAMEN APORTADO CON LA CONTESTACIÓN.

PRIMERA FASE.

1. NOMBRE DEL PERITO: Dr. D. Cándido.
2. FORMACIÓN ACADÉMICA: Especialista en Neumología.
3. MODALIDAD DE DESIGNACIÓN: a instancia de la parte demandada.
4. FORMULACIÓN DE TACHA: No.

SEGUNDA FASE.

5. METODOLOGIA APLICADA: el análisis de estudios sobre el tema.
6. HIPÓTESIS CONSIDERADAS POR EL DICTAMEN: EXPOSICIÓN AMBIENTAL NO LABORAL AL AMIANTO. El dictamen cita las siguientes: tráfico rodado, terrenos contaminantes, exposición espontánea natural, causada por estratos rocosos superficiales con fibras de restos, explotación de carreteras y uso de material extraído (como ejemplo refiere las tierras contaminadas por heroínita, un tipo de zeolita, constituido por silicatos de estructura fibrosa parecidos al asbesto). Y afirma que es posible que en España exista algún riesgo semejante. Terrenos serpentinosos se hallan en extensas áreas de nuestro país: en el País Vasco, en Galicia, en los Valles de Bielsa y Gistain, Pirineo de Huesca, lugares de las provincias de Burgos, Madrid, Segovia, Badajoz, Lérica, Almería, en Sierra Morena y en las Alpujarras).
7. HIPÓTESIS OMITIDA POR EL DICTAMEN: EXPOSICIÓN LABORAL.

El informe no considera la contaminación laboral de los trabajadores y sus familiares expuestos a amianto, como en el caso concreto.

8. DATO CONSIDERADO POR EL DICTAMEN: La posibilidad de la exposición no laboral en terrenos serpentinosos se hallan en extensas áreas de nuestro país: en el País Vasco, en Galicia, en los Valles de Bielsa y Gistain, Pirineo de Huesca, lugares de las provincias de Burgos, Madrid, Segovia, Badajoz, Lérida, Almería, en Sierra Morena y en las Alpujarras.

9. DATO OMITIDO POR EL DICTAMEN: no se aprecia otro posible foco de contaminación en la zona que la propia factoría de la demandada, teniendo en cuenta que la provincia de Barcelona y en concreto las poblaciones de Cerdanyola del Vallés y Ripollet no están citadas entre las áreas que el Dr. Cándido menciona como aquellas en que se hallan terrenos serpentinosos.

10. CONSENSO CIENTÍFICO SOBRE EL TEMA:

10.1. Es aceptado, en general, por la comunidad científica que ha de transcurrir un tiempo mínimo necesario entre la exposición al amianto y la aparición de enfermedades relacionadas con dicha exposición: para la asbestosis se calcula un período superior a los 20 años; y para la mesotelioma, un periodo de 20 a 50 años, con un promedio superior a los 30 años.

10.2. La mesotelioma es una enfermedad maligna que puede aparecer en la pleura, pericardio, peritoneo y túnica vaginalis testicular, si bien en más del 90% de casos la afectación es pleural. En la mayoría de estudios publicados se ha podido asociar con la exposición al amianto en el 70-75% de los casos.

TERCERA FASE.

11. PRINCIPALES RAZONAMIENTOS ESCRITOS DEL DICTAMEN:

11.1. La exposición al amianto puede ser laboral, doméstica o ambiental. La inhalación de sus fibras, tras un largo período desde el comienzo de la exposición, denominado período de latencia, puede producir enfermedades pleuropulmonares.

11.2. Excepto la pleuresía benigna, todas las otras enfermedades relacionadas con el amianto, una vez instaladas son irreversibles y, en mayor o menor medida, progresivas.

11.3. Algunos investigadores han demostrado un efecto sinérgico del humo del cigarrillo sobre el desarrollo de asbestosis, si bien la base patogénica de la asociación no está clara. El humo del cigarrillo contiene agentes químicos

citostáticos y tóxicos, capaces de alterar en transporte mucociliar y la función de los fagocitos, es decir, disminución los mecanismos de defensa pulmonares. Estos fenómenos podrían alterar la deposición intrapulmonar del asbesto, y asociarse con una mayor retención de éste en los pulmones.

11.4. RAZONAMIENTO ESCRITO CONTRADICTORIO CON EL CONSENSO GENERAL DE LA DOCTRINA (Apartado 10.1): En el caso del amianto, la mayoría de enfermedades derivadas de su exposición, con excepción del mesotelioma, requieren tiempos largos. El mesotelioma puede desarrollarse con períodos de exposición cortos, puesto que no existe un umbral conocido por debajo del cual no se puede reproducir mesotelioma.

11.5. RAZONAMIENTOS ORALES: también parcialmente coherentes con los razonamientos escritos, ya que, por un lado, indica que las placas pleurales son signos de exposición al amianto, son engrosamiento de la pared de la pleura, a veces se calcifican, lo que es muestra de resolución, en general no alteran la vida de la persona, pero, por otro lado, admite que en algunos casos, los mínimos, sí la afectan porque producen efecto restrictivo.

12. CONFRONTACIÓN CON LA PRUEBA DOCUMENTAL (Tesis doctoral elaborada por el Dr. D. Ignacio que se aporta a la demanda): los razonamientos y datos considerados en el informe no permitirían alcanzar las mismas conclusiones de la tesis, en la medida que el perito omite la posible contaminación laboral de los trabajadores y sus familiares expuestos a amianto y no se aprecia otro posible foco de contaminación en la zona que la propia factoría de la demandada. La tesis, por su turno, ha estudiado el efecto de la exposición doméstica a los familiares que lavan la ropa de trabajadores expuestos al amianto y el efecto de la exposición ambiental debida a la residencia cerca de una fuente puntual de emisión de amianto.

13. CONFRONTACIÓN CON EL DICTÁMEN ELABORADO POR EL DR. D. SABINO: por los mismos motivos apuntados en la confrontación con la prueba documental, se observa una cierta contradicción entre los informes analizados, a la vez que el dictamen del Dr. D. Cándido toma en consideración los supuestos de contaminación no laboral al amianto. Sin embargo, en los razonamientos orales, el perito reconoce que, en algunos mínimos casos, la exposición al amianto puede provocar alteraciones en la vida de una persona porque producen efecto restrictivo.

5.3 Segundo ejemplo: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona de 11 de julio de 2007, Sección 13, Rec: 467/2006

Conforme lo referido en el capítulo anterior del presente trabajo, la sentencia procede a una valoración analítica y exhaustiva de la prueba pericial, ya que los fundamentos de derecho relacionados al tema tratan de extensas transcripciones de los informes presentados. Sin embargo, la conclusión del juzgador sobre ellos se expresa de manera muy resumida en los siguientes términos: “por consiguiente, de los informes periciales se desprende que las reacciones adversas descritas en el escrito de demanda, con las precisiones hechas respecto de la sintomatología ansioso-depresiva y el síndrome de retirada, no son ciertamente reacciones adversas inesperadas” (FD 5º, p. 37).

En el caso las demandantes solicitan que se dicte sentencia por la que se declare que el consumo del medicamento Agreal produce efectos secundarios no previstos por el laboratorio en la información facilitada a los consumidores en el prospecto del fármaco; que como consecuencia del tratamiento con Agreal, las demandantes han sufrido daños en su salud física y psíquica que se concretan en los informes periciales adjuntos a la demanda para cada una de las afectadas y que se condene a la demandada a abonar a las demandantes una indemnización por daños y perjuicios. La parte demandada se opone a la pretensión de las actoras alegando que la demanda bordea el abuso de derecho y responde a un hecho procesal inducido, llevado a cabo ante manifestaciones, incitaciones y provocaciones sin el valor probatorio mínimamente necesario en toda demanda, provocando esperanzas indemnizatorias en posibles reclamantes sin los conocimientos suficientes para tener criterio propio al efecto, con fines que pueden ser legítimos o espurios.

En la resolución comentada se observan la referencia a diversos informes periciales, de entre los cuales:

- 4 dictámenes a instancia de la parte demandante: el informe elaborado por la Catedrática en Farmacología de la Universidad de Sevilla, Sra. Marí Juana; el dictamen elaborado por el Dr. Cosme (Neurólogo colegiado en Madrid con el nº NUM000, Servicio de Neurología del Hospital de Móstoles de Madrid) y el Dr. Santiago (Neurólogo colegiado en Madrid con el nº NUM001, Servicio de Neurología del Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid); el dictamen elaborado por el Catedrático de la Universidad de Sevilla Don. Blas; el informe sobre Veralipride elaborado por la Doctora Doña Marí Trini , Profesora Titular de Legislación y

Deontología Farmacéuticas, el Doctor Don Jesús Carlos, Profesor Titular de Universidad de Medicina Legal y Forense y el Doctor Don David , Catedrático de Escuela Universitaria de Farmacología, todos ellos de la Universidad de Alcalá;

- Más de 10 informes periciales fueron aportados a instancia de la parte demandada: el dictamen elaborado por el Dr. Rodrigo, Catedrático de Farmacología y Director del Laboratorio de Neurofarmacología de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona; los dos dictámenes elaborados por el Sr. Ignacio, Doctor en Farmacia por la Universidad de Barcelona, Farmacéutico especialista en Farmacia Industrial y Galénica; varios informes médicos elaborados por Don. José Ángel, Doctor en Medicina y Cirugía (con validación de título en EEUU) y Especialista en Medicina Interna, Endocrinología y Nutrición; el informe ginecológico elaborado por Don. Lázaro; el informe farmacológico elaborado por el Sr. Casimiro, Doctor en Medicina y Especialista en Farmacología Clínica y Medicina Interna; el informe elaborado por la Dra. Gabriela, del Departamento de Obstetricia, Ginecología y Reproducción del Instituto Universitario Dexeus de Barcelona; el dictamen del perito Don Lázaro, Catedrático de Obstetricia y Ginecología, Coordinador de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitari Arnau de Vilanova de Lleida; y, por último, el dictamen elaborado por el Sr. Sergio, Catedrático Emérito de Psiquiatría de la Universidad Complutense de Madrid.

La desigualdad en el número de informes presentados por las partes corresponde a una supuesta desproporción en el poder económico de las partes involucradas en la demanda. Además, se relaciona también con los anteriores enfrentamientos administrativos y judiciales habidos por la parte demandada y referenciados en la sentencia.

Al igual que sucede en la sentencia anterior, estimamos que la naturaleza meramente ilustrativa de aplicación de la prescinde de la utilización de todos los informes practicados en la sentencia tomada como ejemplo. Por ello es que otra vez nos limitaremos elegir dos de los dictámenes practicados, uno a instancia de la parte, de acuerdo a la aportación del mayor número de informaciones o valoraciones sobre ellos plasmadas en la sentencia.

Así es que hemos optado por los siguientes dictámenes: a instancia de la parte demandante, el informe elaborado por la Doctora Doña Marí Trini, el Doctor Don Jesús Carlos y el Doctor Don David; y, a instancia de la parte demandada, el dictamen elaborado por Don. Rodrigo.

En la misma línea que el ejemplo anterior, transcribiremos en primera instancia el Fundamento de Derecho 4º de la sentencia los apartados que correspondan:

1º) una parte de dicho fundamento refiere a la prueba documental presentada con la contestación consistente en las informaciones prestadas por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), a través de la prueba testifical realizada por escrito en el Procedimiento Ordinario 973/2005, sección 3ª, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Barcelona, porque a ella nos referimos en el ejemplo práctico;

2º) a las consideraciones sobre los informes seleccionados para la ilustración.

A continuación procederemos aplicar el modelo de motivación propuesto a partir de los datos reproducidos:

A) Transcripción del Fundamento 4º de la sentencia.

“SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE BARCELONA DE 11 DE JULIO DE 2007, SECCIÓN 13, REC.: 467/2006, PONENTE: MONTAÑES DELMAS. (ID CENDOJ: 08019420132007100001).

“**FD. 4º:** (...) Además, según la demandada, el escaso número de notificaciones de reacciones adversas -en todo caso, no inesperadas, sino que resultan del propio prospecto con el cual se comercializa el medicamento-, pone de manifiesto que ese prospecto reúne las características precisas para integrar el consentimiento informado de los pacientes. Y lo cierto es que, según ha informado la AEMPS, a través de la prueba testifical realizada por escrito en el Procedimiento Ordinario 973/2005, sección 3ª, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Barcelona y que se acompaña como documento nº 4 del escrito de contestación a la demanda del presente Procedimiento Ordinario nº 467/06 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Barcelona, a la pregunta de la demandada de cual era el número de notificaciones de sospechas de reacciones adversas desde 1983 a marzo de 2005, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (...) preguntada acerca de si es cierto que se sigue comercializando en 37 países, entre los cuales se incluyen Estados miembros de la UE como Francia, Portugal, Bélgica, Italia o Luxemburgo y que en ninguno de ellos ha sido retirado, a pesar de la alerta internacional inducida por España, Francia, Bélgica y Portugal han confirmado recientemente que el balance beneficio-riesgo es favorable, manifestó no disponer de información en sentido contrario, aunque añadió que se dispone de información relativa a que, en Francia, esa relación se ha considerado favorable en ciertas condiciones de uso, restringidas respecto a su situación anterior (duración máxima de tratamiento de tres meses, necesidad de realizar pruebas clínicas antes y durante el tratamiento con seguimiento médico de las pacientes, incorporación de la información a la ficha técnica y el prospecto sobre potenciales reacciones

adversas).

(...) No se refiere, pues, la demanda a reacciones meramente adversas, sean graves o no, sino a reacciones adversas inesperadas, es decir, no previstas como tales en el prospecto del medicamento comercializado como Agreal, cuando lo cierto es que según señala, los síntomas referidos en la demanda eran previsibles, no eran reacciones o efectos inesperados, según resulta, no ya sólo a partir de los dictámenes periciales que se aportan con la contestación, sino también de los dictámenes farmacológicos aportados por las propias demandantes. En ese sentido, sostiene la demandada que el medicamento puede producir efectos adversos, pero que tales efectos, están previstos en el prospecto y no son inesperados, al deducirse de la naturaleza del Veralipride, que es un principio activo neuronal, de la familia de las benzamidas y que pertenece al genérico denominador de medicamentos con efectos neurolépticos, datos éstos que son o deben ser conocidos por cualquier facultativo médico especialista en ginecología, quien, a título individual, ha de marcar las pautas de tratamiento, para evitar absorciones masivas y, en su caso, remitir a otros especialistas médicos. Para llegar a dicha conclusión y al ser necesarios especiales conocimientos científicos en la materia de que se trata (*artículo 335 LEC*), nos tenemos que remitir a los dictámenes periciales de parte aportados tanto por las demandantes como por la demandada, algunos de los cuales fueron debidamente explicados, además, durante el juicio, conforme a lo previsto en el *artículo 337.2 de la LEC*.

(...) En relación al informe sobre Veralipride elaborado por la Doctora Doña Marí Trini, Profesora Titular de Legislación y Deontología Farmacéuticas, el Doctor Don Jesús Carlos, Profesor Titular de Universidad de Medicina Legal y Forense y el Doctor Don David, Catedrático de Escuela Universitaria de Farmacología, todos ellos de la Universidad de Alcalá, que se adjunta como Anexo I de los documentos acompañados junto con el escrito de demanda, y en el epígrafe titulado "Efectos adversos derivados de su mecanismo de acción", los peritos afirman que por su capacidad de atravesar la barrera hematoencefálica (barrera que protege el sistema nervioso central de muchas sustancias que circulan por la sangre), puede provocar efectos en el sistema nervioso central propios de este bloqueo dopaminérgico, como son los efectos extrapiramidales, que puede provocar un parkinsonismo farmacológico (temblores, rigidez, cara inexpresiva), que aparece a los pocos días de su administración, o bien síntomas a muy largo plazo (discinesia tardía), producida por la hipersensibilidad de los receptores dopaminérgicos debida a un bloqueo prolongado con el fármaco. También se pueden observar efectos adversos que afectan al sistema nervioso autónomo, sistema cardiovascular y funciones endocrinas. Los efectos procinéticos pueden provocar un aumento del peristaltismo del tracto esófago-gastro-duodenal, con riesgo de una aceleración del tránsito digestivo y aparición de diarreas. Como todos los medicamentos del grupo de los neurolépticos (bloqueantes de los receptores del tipo D2 de la Dopamina), el veralipride puede provocar parkinsonismo.

Por ello, no debe administrarse en pacientes con esta enfermedad o con esta sintomatología (temblores, rigidez, acinesia, etc.) por el riesgo de agravar estos síntomas. Asimismo, el veralipride puede potenciar el efecto de otros fármacos depresores del sistema nervioso central, provocando un efecto sedante consistente en una disminución de la alerta y de las reacciones frente a los estímulos. Tiene también efectos ansiolíticos y en los primeros días de tratamiento puede aparecer somnolencia. Otras reacciones psíquicas observadas por administración de veralipride son síntomas de depresión y aumento de la sintomatología ansiosa y de la labilidad afectiva propia de la menopausia, que puede agravarse si la paciente tiene un temperamento nervioso, incremento de la irritabilidad, angustia e insomnio. Continúan diciendo los peritos que debido a

sus propiedades sedantes, veralipride puede enmascarar una sintomatología ansioso-depresiva, muy frecuente durante la menopausia, por lo que la suspensión del tratamiento debe realizarse de forma gradual, porque está descrito un síndrome de retirada, caracterizado por cuadros de ansiedad, depresión o crisis de angustia, sobre todo en pacientes con predisposición a padecer alguno de estos síntomas.

Bajo el epígrafe "Acción del medicamento sobre el sistema nervioso central y periférico", los peritos manifiestan que en el sistema nervioso central, hay un gran número de vías nerviosas que utilizan la dopamina como neurotransmisor y presentan receptores dopaminérgicos. El bloqueo selectivo de los receptores de dopamina en cada una de estas vías va a tener consecuencias múltiples:

Disminución de la iniciativa y respuesta a los estímulos, que hace que este grupo de medicamentos se utilice para tratar la ideación psicótica (en especial de las ideas delirantes y alucinaciones, por bloqueo del sistema cerebral mesolímbico y mesocortical).

Efectos extrapiramidales (por bloqueo de la vía cerebral nigro-estriada): De éstos se pueden distinguir los síndromes extrapiramidales por administración aguda cuyos principales efectos adversos que pueden aparecer durante las primeras semanas de tratamiento con fármacos bloqueantes dopaminérgicos clásicos del tipo de la ortopramida son: la distonía aguda, la acatisia, el parkinsonismo y el síndrome neuroléptico maligno y los síndromes extrapiramidales por administración crónica cuyos principales efectos que pueden aparecer después de muchos meses e incluso años de tratamiento son: temblor peribucal y discinesia tardía.

Efectos neuroendocrinos (por bloqueo de la vía tubero-infundibular).

Efectos antieméticos (por inhibición del centro del vómito en el bulbo raquídeo).

Depresión respiratoria (por bloqueo del centro respiratorio del bulbo raquídeo).

Dificultad de regulación de la temperatura corporal (por inhibición del centro termorregulador del hipotálamo).

En cuanto al prospecto, los peritos mantienen que el Agreal ha venido acompañado de un prospecto muy sucinto, que no advertía de la mayoría de las posibles reacciones adversas y efectos secundarios del medicamento. Así pues, todos los profesionales sanitarios, muy especialmente los médicos y sobre todo las pacientes, tuvieron una información claramente deficiente. Las pacientes han sido deficientemente informadas por el prospecto. Los médicos han sido poco informados y muy probablemente confundidos. Los problemas experimentados por las pacientes han podido ser atribuidos, erróneamente, al proceso de la menopausia y no al medicamento. Los prospectos sucesivos no se han redactado con información suficiente, en términos claros y comprensibles para el consumidor o usuario, ni detallando efectos adversos, interacciones, contraindicaciones ni otros datos necesarios para promover su más correcto uso. Siendo cierto que la correcta indicación terapéutica es misión del médico, los pacientes, y en el caso que nos ocupa las pacientes, debidamente informadas, tienen que decidir entre las opciones alternativas terapéuticas existentes y para ello han de recibir y entender la información correspondiente al medicamento, su posología, dosificación, riesgos, signos precoces de alarma ante posibles efectos secundarios y reacciones adversas, lo que en el caso de Agreal no vino apoyado por el prospecto, por su escasa y poco comprensible información.

De dicho informe cabe inferir que el medicamento Agreal (veralipride) es un neuroléptico del grupo de las benzamidas sustituidas, por lo que los tratamientos con este medicamento pueden dar lugar a reacciones adversas somáticas y psíquicas propias de los neurolépticos típicos, explicando su mecanismo de acción (bloqueo de los receptores dopaminérgicos D2) muchos de los efectos adversos del medicamento, en especial los síntomas neurológicos

a nivel del sistema nervioso central, ya que atraviesa la barrera hematoencefálica. Desde el año 1982, se ha constatado que existen publicaciones relativas a reacciones adversas extrapiramidales causadas por veralipride y en la mayoría de los casos, las mismas suelen remitir después de algunas semanas sin tratamiento, normalizándose de nuevo el estado clínico de la paciente y en una minoría de enfermas tratadas con neurolépticos clásicos, pueden aparecer síntomas severos extrapiramidales como el síndrome neuroléptico maligno que no remiten fácil ni rápidamente después de la supresión del tratamiento. En algunos casos, se han descrito síntomas de temblor peribucal y de discinesia tardía, en especial, movimientos rítmicos involuntarios alrededor de la boca y en la cara, después de muchos meses de tratamiento.

(...) En cuanto a los dictámenes presentados por la parte demandada, se aporta primeramente un dictamen elaborado por Don. Rodrigo (Catedrático de Farmacología, Director del Laboratorio de Neurofarmacología de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona), cuyo objetivo consiste en analizar de manera objetiva la información científica disponible sobre el principio activo veralipride (Agreal) con la finalidad de esclarecer la posible relación entre la administración de este fármaco y la aparición de efectos indeseables en la esfera neurológica y psiquiátrica en el curso del tratamiento o tras la supresión del mismo.

Bajo el epígrafe "Efectos indeseables asociados al bloqueo dopaminérgico" el perito destaca que éstos son todos los que potencialmente podrían ocurrir al bloquear los receptores dopaminérgicos pero no pueden ser extrapolables a la totalidad de antagonistas dopaminérgicos. Algunas de estas reacciones son extremadamente raras (por ejemplo el síndrome neuroléptico maligno) y tan solo aparecen con algunos grupos particulares de fármacos. En general, la incidencia de estos efectos adversos va a depender de toda una serie de factores (Goodman and Gilman, 2005) entre los que se puede destacar: afinidad del fármaco por los receptores dopaminérgicos; selectividad por los diferentes subtipos de receptores; pauta de administración (si se trata de pauta de administración discontinua: periodos de reposo sin medicación, previene de manera importante la aparición de reacciones adversas crónicas); sensibilidad individual del paciente. Continúa explicando el perito que los efectos indeseables asociados a la administración de antagonistas de los receptores dopaminérgicos son ampliamente conocidos por los facultativos y quedan recogidos en todos los tratados de Farmacología (Goodman and Gilman, 2005), concentrándose los mismos en la esfera neurológica y neuroendocrina. Las reacciones neurológicas son debidas al bloqueo de los receptores dopaminérgicos D2 a nivel de los ganglios basales que son las estructuras responsables del control extrapiramidal del movimiento. Por esta razón, dichos efectos adversos reciben también el nombre de trastornos extrapiramidales y las reacciones neuroendocrinas son sobre todo debidas a que el bloqueo de los receptores dopaminérgicos D2 a nivel hipotálamo-hipofisario origina un incremento en la secreción de prolactina.

En cuanto a las reacciones neurológicas, las mismas se dividen en:

Reacciones neurológicas agudas: distonías agudas que son debidas al bloqueo agudo de los receptores dopaminérgicos D2, ocurriendo por lo común al inicio del tratamiento, sobre todo con antagonistas con gran afinidad por dichos receptores y suelen manifestarse como gesticulaciones faciales, tortícolis y movimientos oculares anormales que pueden ser muy llamativos.

Reacciones neurológicas intermedias que consisten en la aparición de trastornos motores tras la administración crónica de estos antagonistas y que son debidos al bloqueo persistente de los receptores dopaminérgicos D2: acatisia (sensaciones subjetivas de malestar que se manifiestan por la necesidad

insuperable de estar en movimiento constante, sobre todo las extremidades inferiores, sintiendo las pacientes la necesidad de levantarse y caminar o moverse de manera continua pudiendo ser incapaces de controlar esta tendencia); síndrome parkinsoniano (retraso generalizado de los movimientos voluntarios con facies de máscara y reducción de los movimientos de los brazos, rigidez y presencia de temblor variable en reposo, siendo un cuadro que evoluciona de manera gradual y progresiva durante días o semanas); síndrome neuroléptico maligno (trastorno raro que aparece con algunos antipsicóticos en particular y cuando son utilizados a dosis excesivamente elevadas, caracterizándose por la presencia de temblor burdo, catatonía, alteraciones de la frecuencia cardíaca y la presión arterial, hipertermia y diversas alteraciones bioquímicas que incluyen elevación plasmática de la cinasa de creatinina).

Reacciones neurológicas tardías que se caracterizan por la presencia de trastornos tardíos que aparecen tras largos períodos de tratamiento. El mecanismo fisiopatológico responsable de estas alteraciones no está del todo esclarecido pero parecen ser consecuencia de los cambios compensatorios al alza que se producen a nivel de los receptores dopaminérgicos D2 tras su bloqueo crónico: temblor peribucal (es un trastorno raro del movimiento que puede aparecer tras una administración de larga duración de antagonistas dopaminérgicos D2 y que se caracteriza por un temblor que afecta a los músculos peribucales y que se conoce también con el nombre de "síndrome de conejo", cediendo por lo general la sintomatología al retiro de la sustancia que ha originado el problema); discinesia y distonía tardía (trastornos del movimiento que aparecen igualmente tras una administración de larga duración de antagonistas dopaminérgicos D2 y se manifiestan sobre todo en sujetos ancianos, caracterizándose por la presencia de movimientos estereotipados, repetitivos, indoloros, involuntarios y coreiformes, a manera de tics, de cara, párpados, boca, lengua, extremidades o tronco).

En cuanto a las reacciones neuroendocrinas, la posible aparición de un incremento en la secreción de prolactina está relacionada de manera directa con la intensidad del bloqueo de los receptores dopaminérgicos D2 a nivel de hipotálamo y por consiguiente con la afinidad por estos receptores y dosis del fármaco. El incremento en la liberación de prolactina puede dar lugar a un cuadro de galactorrea y en mujeres fértiles puede originar amenorrea y disminución de la fertilidad. El efecto revierte de forma rápida tras el cese del tratamiento con el antagonista dopaminérgico.

Recuerda el perito que veralipride se viene utilizando desde hace 30 años y que hasta el año 2005 no se habían reseñado efectos adversos de consideración siempre que la dosificación y pautas de administración hubieran sido las correctas, habiendo sido la frecuencia de efectos adversos igualmente muy baja. En este sentido, el número de dosis individuales vendidas en todo el mundo entre los años 1985 y 2004 asciende a 545 millones, lo que viene a representar unos 4'5 millones de pacientes tratadas con una duración media de tratamiento de 6 meses. Esta población de pacientes ha presentado en dicho período un total de 239 observaciones adversas (inferior a 1 por cada 18.000 pacientes tratadas), de las cuales 53 aparecieron en el ámbito psiquiátrico (inferior a 1 por cada 84.000 pacientes tratadas) y 97 en el ámbito neurológico (inferior a 1 por cada 46.000 pacientes tratadas). La presencia de discinesia, trastornos extrapiramidales y parkinsonismo puede aparecer tras la administración de fármacos antagonistas de los receptores dopaminérgicos. Sin embargo, el perfil de afinidad de veralipride por los receptores dopaminérgicos disminuye el riesgo de incidencia de estos efectos adversos en comparación con otros antagonistas dopaminérgicos convencionales. En efecto, a diferencia de otras benzamidas sustituidas como el sulpiride, veralipride muestra una cierta afinidad por el receptor dopaminérgico D1 lo que disminuye de manera

significativa el riesgo de aparición de trastornos neurológicos. Veralipride presenta igualmente una especial afinidad por los receptores dopaminérgicos presinápticos, lo cual representa un factor protector adicional frente a la aparición de trastornos extrapiramidales. Continúa alegando el perito que en relación con el mecanismo de acción de veralipride, las principales revisiones de farmacovigilancia sobre la aparición de efectos adversos de tipo discinesia, trastornos extrapiramidales y parkinsonismo recogen una incidencia muy baja en el caso del tratamiento con veralipride. Así, en una revisión de 402 casos adversos de esta categoría que se habían notificado al Sistema Español de Farmacovigilancia hasta 1994 no apareció ninguna mención al veralipride y en un estudio publicado por un centro regional de farmacovigilancia en Francia que recoge 3.923 casos de efectos adversos de esta categoría, se mencionan tan solo 3 casos de parkinsonismo en los que se cita la utilización de veralipride, lo que representa un 0'076% de los casos comunicados, de los que globalmente solo el 53% era "probable" de atribuir a la utilización de los fármacos en cuestión. Es importante destacar que la mayor parte de las complicaciones neurológicas que han aparecido tras la administración de veralipride ocurrió en pacientes que no habían respetado los intervalos de suspensión intermitente de la medicación que cada 20 días son requeridos según se especifica en el prospecto. En otros casos, la aparición de los trastornos neurológicos apareció en pacientes en los que la edad era contraindicada para la utilización de veralipride y/o dicho tratamiento se asoció a otros fármacos que pueden producir síntomas extrapiramidales. Excluyendo estas situaciones particulares, resulta muy difícil encontrar en la literatura científica reacciones extrapiramidales derivadas exclusivamente de un uso de veralipride siguiendo las pautas correctas de administración. Por otro lado, la literatura científica no describe la incidencia de depresión mayor o ansiedad como posibles efectos indeseables asociados a la administración de antagonistas dopaminérgicos. Por el contrario, estos antagonistas pueden inducir una mejora en determinados pacientes que sufren cuadros de depresión mayor (Goodman and Gilman, 2005).

El perfil farmacológico de veralipride con respecto a los receptores adrenérgicos tampoco puede dar lugar a cuadros de ansiedad o depresión. En efecto, el bloqueo de los receptores alfa2 adrenérgicos produce un incremento en la actividad adrenérgica a nivel del sistema nervioso central del cual podrían derivar efectos ansiolíticos y antidepresivos (Goodman and Gilman, 2005). Así pues, considerando el mecanismo de acción de veralipride cabe esperar una mejora en las posibles alteraciones del estado de ánimo en las pacientes que reciban esta medicación. Continúa explicando el perito que los cambios hormonales que aparecen en la mujer en el momento de la menopausia pueden inducir alteraciones del estado de ánimo, ansiedad y trastornos psíquicos bien descritos en la literatura científica. Los efectos ansiolíticos y antidepresivos de veralipride que son responsables de la mejoría en las alteraciones del estado de ánimo que se asocian a la menopausia desaparecen tras el cese del tratamiento o durante el periodo de retirada de 10 días que ocurre cada mes de tratamiento con veralipride. Por consiguiente y teniendo en cuenta el mecanismo de acción de veralipride, la presencia de un cuadro de ansiedad y/o depresión tras la retirada del tratamiento debe ser explicada por la reaparición de esta sintomatología que estaba atenuada debido a la administración del fármaco. En acuerdo con esta afirmación, más de la mitad de los casos reportados de depresión tras la administración de veralipride corresponden a pacientes que ya habían padecido con anterioridad un trastorno depresivo. Datos de farmacovigilancia recientes elevan esta cifra al 78%. En cuanto al síndrome de retirada, el perito indica que no existe en la literatura científica evidencia de la existencia de un síndrome de retirada tras la administración de antagonistas de los receptores dopaminérgicos

(recuérdese que el mecanismo de acción primario de veralipride consiste en el bloqueo de los receptores dopaminérgicos). Tan solo se han descrito algunas manifestaciones menores tales como agitación e insomnio tras la retirada brusca de un tratamiento de larga duración (Goodman and Gilman, 2005). Por otra parte, los antagonistas de los receptores dopaminérgicos no tienen capacidad adictiva. Existen múltiples argumentos que contradicen que veralipride pueda causar un cuadro de dependencia y síndrome de retirada asociada a este mecanismo: 1) La activación fisiológica o farmacológica del sistema opioide endógeno da lugar en todos los casos a una intensa actividad analgésica. Los posibles efectos analgésicos del veralipride han sido evaluados en al menos tres modelos de dolor en los cuales la totalidad de los agonistas opiáceos han demostrado una alta efectividad. El veralipride fue incapaz de mostrar efecto analgésico en ninguno de estos modelos. Es de destacar la ausencia de actividad analgésica del veralipride en el modelo de la fenilbenzoquinona. Este ensayo farmacológico es conocido por ser extremadamente sensible a dosis bajas de cualquier fármaco con actividad opioide. La ausencia de actividad analgésica del veralipride en este modelo experimental es incompatible con una activación relevante del sistema opioide endógeno. Además, se requiere una activación muy intensa del sistema opioide endógeno para conseguir un síndrome de retirada de carácter tan solo moderado. 2) Los fármacos que desarrollan un cuadro de dependencia física y posterior síndrome de retirada producen dicho efecto indeseable de una manera relativamente homogénea en el conjunto de individuos que han sido expuestos al fármaco, no resultando científicamente defendible la aparición de dicho cuadro de retirada en solo una ínfima proporción de pacientes que han sido expuestos a una dosis similar del fármaco. 3) Los síntomas que caracterizan el síndrome de retirada a cualquier fármaco de naturaleza opioide no se asemejan en nada a los cuadros de ansiedad/depresión que se han relacionado con la retirada de veralipride. El síndrome de retirada opioide se caracteriza por un cuadro de severas manifestaciones somáticas y vegetativas que incluye entre otros signos la presencia de agitación, irritabilidad, bostezos y estornudos incontrolables, dolores y espasmos musculares, dilatación de pupilas, piloerección y sudoración con "piel de gallina", anorexia, lacrimación, leucocitosis, elevación de presión arterial y frecuencia cardíaca, vómitos y diarrea (Goodman and Gilman, 2005). Estos signos característicos de la retirada opioide no han sido descritos en ningún caso tras el cese de tratamiento con veralipride. 4) Sería muy difícil observar un cuadro de abstinencia tras cesar la administración de un fármaco que bloqueara los receptores dopaminérgicos y simultáneamente activara el sistema opioide puesto que ambos mecanismos son antagónicos a la hora de desencadenar un síndrome de retirada.”

B) Aplicación de la propuesta de motivación del dictamen pericial en tres fases a la SJPI Barcelona de 11 de julio de 2007, Sección 13, Rec.:467/2006.

FD 4º: DICTAMEN APORTADO CON LA DEMANDA.

PRIMERA FASE.

1. NOMBRE DE LOS PERITOS Y RESPECTIVAS FORMACIONES ACADÉMICAS:

Doctora Doña Marí Trini, Profesora Titular de Legislación y Deontología Farmacéuticas de la Universidad de Alcalá;

Doctor Don Jesús Carlos, Profesor Titular de Universidad de Medicina Legal y Forense de la Universidad de Alcalá;

Y Doctor Don David Dr. D. Sabino, Catedrático de Escuela Universitaria de Farmacología de la Universidad de Alcalá.

2. MODALIDAD DE DESIGNACIÓN: a instancia de la parte actora.

3. FORMULACIÓN DE TACHA: No.

SEGUNDA FASE.

4. METODOLOGÍA APLICADA: estudio de los efectos de los tratamientos con el medicamento Agreal (veralipride).

TERCERA FASE.

5. RAZONAMIENTOS ESCRITOS:

5.1. Su capacidad de atravesar la barrera hematoencefálica puede provocar efectos en el sistema nervioso central, como son los extrapiramidales, que puede resultar, a los pocos días de su administración, en un parkinsonismo farmacológico (temblores, rigidez, cara inexpresiva), o bien síntomas a muy largo plazo (discinesia tardía).

5.2. También se pueden observar efectos adversos en el sistema nervioso autónomo, sistema cardiovascular y funciones endocrinas.

5.3. Puede provocar el parkinsonismo, como todos los medicamentos del grupo de los neurolépticos.

5.4. Puede potenciar el efecto de otros fármacos depresores del sistema nervioso central, provocando un efecto sedante consistente en una disminución de la alerta y de las reacciones frente a los estímulos.

5.5. Otras reacciones psíquicas observadas por administración de veralipride: síntomas de depresión y aumento de la sintomatología ansiosa y de la labilidad afectiva propia de la menopausia, que puede agravarse si la paciente tiene un temperamento nervioso, incremento de la irritabilidad, angustia e insomnio; puede enmascarar una sintomatología ansioso-depresiva, muy frecuente durante la menopausia, por lo que la suspensión del tratamiento debe realizarse de forma gradual, porque está descrito un síndrome de retirada, caracterizado por cuadros de ansiedad, depresión o crisis de angustia, sobre todo en pacientes con predisposición a padecer alguno de estos síntomas.

5.6. En cuanto al prospecto: mantienen que el Agreal ha venido acompañado de un prospecto muy sucinto, que no advertía de la mayoría de las posibles reacciones adversas y efectos secundarios del medicamento; todos los profesionales sanitarios, muy especialmente los médicos y sobre todo las pacientes, tuvieron una información claramente deficiente.

6. CONCLUSIONES ESCRITAS:

6.1. Las pacientes han sido deficientemente informadas por el prospecto. Los médicos han sido poco informados y muy probablemente confundidos.

6.2. Los problemas experimentados por las pacientes han podido ser atribuidos, erróneamente, al proceso de la menopausia y no al medicamento.

6.3. Los prospectos sucesivos no se han redactado con información suficiente, en términos claros y comprensibles para el consumidor o usuario, ni detallando efectos adversos, interacciones, contraindicaciones ni otros datos necesarios para promover su uso más correcto.

7. CONFRONTACIÓN CON LA PRUEBA DOCUMENTAL (documento nº 4 del escrito de contestación a la demanda que refiere a las informaciones prestadas por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), a través de la prueba testifical realizada por escrito en el Procedimiento Ordinario 973/2005, sección 3ª, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Barcelona): las conclusiones presentadas por el dictamen en el sentido de que los prospectos no se han redactado con información suficiente, en términos claros y comprensibles para el consumidor o usuario, ni detallando efectos adversos, interacciones, contraindicaciones ni otros datos necesarios para promover su uso más correcto coinciden con las informaciones de la AEMPS relativas la relación beneficio-riesgo en la comercialización de la medicación haya sido considerada favorable en ciertas condiciones de uso, entre ellas la duración máxima de tratamiento de tres meses, necesidad de realizar pruebas clínicas antes y durante el tratamiento con seguimiento médico de las pacientes, incorporación de la información a la ficha técnica y el prospecto sobre potenciales reacciones adversas.

DICTAMEN APORTADO CON LA CONTESTACIÓN.

PRIMERA FASE.

1. NOMBRE DEL PERITO: Don. Rodrigo.

2. FORMACIÓN ACADÉMICA: Catedrático de Farmacología, Director del Laboratorio de Neurofarmacología de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

3. MODALIDAD DE DESIGNACIÓN: a instancia de la parte demandada.

4. FORMULACIÓN DE TACHA: No.

SEGUNDA FASE.

5. METODOLOGIA APLICADA: el análisis de la información científica disponible sobre el principio activo veralipride (Agreal) con la finalidad de esclarecer la posible relación entre la administración de este fármaco y la aparición de efectos indeseables en la esfera neurológica y psiquiátrica en el curso del tratamiento o tras la supresión del mismo.

TERCERA FASE.

6. RAZONAMIENTOS ESCRITOS:

6.1. Bajo el epígrafe efectos indeseables asociados al bloqueo dopaminérgico, destaca que éstos son todos los que potencialmente podrían ocurrir al bloquear los receptores dopaminérgicos pero no pueden ser extrapolables a la totalidad de antagonistas dopaminérgicos.

6.2. Afirma que los efectos indeseables asociados a la administración de antagonistas de los receptores dopaminérgicos son ampliamente conocidos por los facultativos y quedan recogidos en todos los tratados de Farmacología (Goodman and Gilman, 2005), concentrándose los mismos en la esfera neurológica y neuroendocrina.

6.3. En cuanto a las reacciones neurológicas, razona que las mismas se dividen en:

- *Agudas*, ocurriendo por lo común al inicio del tratamiento, suelen manifestarse como gesticulaciones faciales, tortícolis y movimientos oculares anormales que pueden ser muy llamativos;

- *Intermedias* que consisten en la aparición de trastornos motores tras la administración crónica de estos antagonistas y que son debidos al bloqueo persistente de los receptores dopaminérgicos D2: acatisia (sensaciones subjetivas de malestar que se manifiestan en la necesidad insuperable de estar en movimiento constante, sobre todo las extremidades inferiores, sintiendo los pacientes la necesidad de levantarse y caminar o moverse de manera continua

pudiendo ser incapaces de controlar esta tendencia); síndrome parkinsoniano (retraso generalizado de los movimientos voluntarios con facies de máscara y reducción de los movimientos de los brazos, rigidez y presencia de temblor variable en reposo, siendo un cuadro que evoluciona de manera gradual y progresivo durante días o semanas); síndrome neuroléptico maligno (trastorno raro que aparece con algunos antipsicóticos en particular y cuando son utilizados a dosis excesivamente elevadas, caracterizándose por la presencia de temblor burdo, catatonía, alteraciones de la frecuencia cardíaca y la presión arterial, hipertermia y diversas alteraciones bioquímicas que incluyen elevación plasmática de la cinasa de creatinina).

- *Tardías*, que se caracterizan por la presencia de trastornos tardíos que aparecen tras largos períodos de tratamiento, que parecen ser consecuencia de los cambios compensatorios al alza que se producen a nivel de los receptores dopaminérgicos D2 tras su bloqueo crónico: temblor peribucal (Síndrome de conejo), discinesia y distonía tardía (trastornos del movimiento, caracterizándose por la presencia de movimientos estereotipados, repetitivos, indoloros, involuntarios y coreiformes, a manera de tics, de cara, párpados, boca, lengua, extremidades o tronco).

6.4. En cuanto a las reacciones neuroendocrinas, que la posible aparición de un incremento en la secreción de prolactina, que puede dar lugar a un cuadro de galactorrea y en mujeres fértiles puede originar amenorrea y disminución de la fertilidad. El efecto revierte de forma rápida tras el cese del tratamiento con el antagonista dopaminérgico.

6.5. Veralipride se viene utilizando desde hace 30 años y hasta el año 2005 no se habían reseñado efectos adversos de consideración siempre que la dosificación y pautas de administración hubieran sido las correctas, habiendo sido la frecuencia de efectos adversos igualmente muy baja. En este sentido, el número de dosis individuales vendidas en todo el mundo entre los años 1985 y 2004 asciende a 545 millones, lo que viene a representar unos 4'5 millones de pacientes tratadas con una duración media de tratamiento de 6 meses. Esta población de pacientes ha presentado en dicho período un total de 239 observaciones adversas (inferior a 1 por cada 18.000 pacientes tratadas), de las cuales 53 aparecieron en el ámbito psiquiátrico (inferior a 1 por cada 84.000 pacientes tratadas) y 97 en el ámbito neurológico (inferior a 1 por cada 46.000 pacientes tratadas).

6.6. La mayor parte de las complicaciones neurológicas que han aparecido tras la administración de veralipride ocurrió en pacientes que no habían respetado los intervalos de suspensión intermitente de la medicación que cada 20 días son requeridos según se especifica en el prospecto. En otros casos, la aparición de los trastornos neurológicos apareció en pacientes en los que la edad era contraindicada para la utilización de veralipride y/o dicho tratamiento se asoció a otros fármacos que pueden producir síntomas extrapiramidales. Excluyendo estas situaciones particulares, resulta muy difícil encontrar en la literatura científica reacciones extrapiramidales derivadas exclusivamente de un uso de veralipride siguiendo las pautas correctas de administración. Por otro lado, la literatura científica no describe la incidencia de depresión mayor o ansiedad como posibles efectos indeseables asociados a la administración de antagonistas dopaminérgicos. Por el contrario, estos antagonistas pueden inducir una mejora en determinados pacientes que sufren cuadros de depresión mayor.

7. DATO OMITIDO: a pesar de su formación, Catedrático de Farmacología, el perito no emite opinión sobre el prospecto del medicamento.

8. CONCLUSIONES ESCRITAS:

8.1. Es de destacar la ausencia de actividad analgésica del veralipride en el modelo de la fenilbenzoquinona. Este ensayo farmacológico es conocido por ser extremadamente sensible a dosis bajas de cualquier fármaco con actividad opioide. La ausencia de actividad analgésica del veralipride en este modelo experimental es incompatible con una activación relevante del sistema opioide endógeno. Además, se requiere una activación muy intensa del sistema opioide endógeno para conseguir un síndrome de retirada de carácter tan solo moderado.

8.2. Los fármacos que desarrollan un cuadro de dependencia física y posterior síndrome de retirada producen dicho efecto indeseable de una manera relativamente homogénea en el conjunto de individuos que han sido expuestos al fármaco, no resultando científicamente defendible la aparición de dicho cuadro de retirada en solo una ínfima proporción de pacientes que han sido expuestos a una dosis similar del fármaco.

8.3. Los síntomas que caracterizan el síndrome de retirada de cualquier fármaco de naturaleza opioide no se asemejan en nada a los cuadros de ansiedad/depresión que se han relacionado con la retirada de veralipride. El síndrome de retirada opioide se caracteriza por un cuadro de severas manifestaciones somáticas y vegetativas que incluye entre otros signos la

presencia de agitación, irritabilidad, bostezos y estornudos incontrolables, dolores y espasmos musculares, dilatación de pupilas, piloerección y sudoración con "piel de gallina", anorexia, lacrimación, leucocitosis, elevación de presión arterial y frecuencia cardíaca, vómitos y diarrea (Goodman and Gilman, 2005). Estos signos característicos de la retirada opioide no han sido descritos en ningún caso tras el cese de tratamiento con veralipride.

8.4. Sería muy difícil observar un cuadro de abstinencia tras cesar la administración de un fármaco que bloqueara los receptores dopaminérgicos y simultáneamente activara el sistema opioide puesto que ambos mecanismos son antagónicos a la hora de desencadenar un síndrome de retirada.

9. CONFRONTACIÓN CON LA PRUEBA DOCUMENTAL (documento nº 4 del escrito de contestación a la demanda que refiere a las informaciones prestadas por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), a través de la prueba testifical realizada por escrito en el Procedimiento Ordinario 973/2005, sección 3ª, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Barcelona): el perito no emite opinión sobre el prospecto de la medicación, a pesar de la anterior manifestación del perito designado a instancia de la parte demandante y de las informaciones sobre el tema en el referido documento presentado por la propia demandada.

CONCLUSIONES

Considerando la sistematización planteada en cuanto a los criterios de valoración del dictamen pericial, verificados los problemas para su plasmación en la resolución judicial y esbozada una propuesta de motivación del informe en tres fases, de la presente investigación podemos extraer las siguientes conclusiones:

Primera.

La doctrina jurisprudencial española ha elaborado, a lo largo de los años, una serie de pautas para la valoración de la prueba pericial de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Los estándares de evaluación del dictamen fijados por la jurisprudencia constituyen un intento de asegurar a las partes *seguridad jurídica* cuando se haya practicado una prueba que aporte al proceso conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos. Así se pretende evitar que el arbitrio judicial pueda servir de parámetro para el rechazo o la admisión del informe pericial.

Segunda.

La sistematización de los diversos conceptos jurisprudenciales de valoración del dictamen pericial trae como resultado tres criterios: *la objetividad de la actuación del perito, la metodología aplicada al dictamen y los razonamientos y conclusiones del informe*. Cada uno de los criterios está constituido por diversos elementos de valoración que refieren desde la formación profesional del perito, pasando por la forma de su designación y los métodos empleados, hasta los razonamientos y conclusiones y su confrontación con las demás pruebas practicadas.

Tercera.

El primer criterio sobre la valoración de la prueba pericial refiere a la *objetividad de la actuación del perito*, integrado por los elementos que indican la competencia profesional del perito, su forma de designación y la formulación de tacha o recusación.

La *competencia profesional del perito* no es determinante por sí sola para establecer la validez del informe practicado. Tampoco para conferir mayor fuerza probatoria, en su caso, a uno de los diversos dictámenes practicados. Sin embargo, su consideración puede servir como punto de partida para la verificación de su objetividad.

Con relación a la *modalidad de designación del perito*, todavía se observa una tendencia de atribuir mayor grado de fiabilidad al dictamen practicado por el perito designado judicialmente, en el caso de contradicción con el informe presentado a instancia de parte. Lo que ya no se admite es que la aceptación del dictamen se base exclusivamente en la modalidad de su designación. Así tampoco se permite el rechazo del informe sólo por haber sido practicado por un perito designado a instancia de parte.

La *formulación de circunstancia de tacha* no conduce necesariamente al rechazo del dictamen. Tiene que ser considerada en el contexto de los demás criterios de valoración y requiere una motivación reforzada de la prueba pericial, que comprenda una especial referencia a las circunstancias alegadas en la tacha, ya sea para reconocer la quiebra de objetividad del dictamen y rechazarlo, o para excluir ésta posibilidad y aceptar sus conclusiones.

Cuarta.

El segundo criterio refiere a la *metodología aplicada al dictamen*, integrado por los datos en que se basa éste, el método empleado y la intervención de las partes en las operaciones periciales.

Las discrepancias que pueden verificarse en los resultados de distintos dictámenes periciales suelen provenir de *la utilización de datos diversos* para la práctica de la prueba. En el caso en de que el perito considere un dato no relevante desde el punto de vista procesal, no probado o categóricamente negado por otra prueba idónea, ello puede conducirle al rechazo del dictamen.

La metodología aplicada al dictamen refiere a los medios técnicos utilizados por el perito y a las circunstancias de modo, tiempo y duración de los procedimientos adoptados para la emisión del informe. La utilización por el perito de los medios técnicos más adecuados y más modernos, el contacto directo de éste con el objeto de la prueba, el modo en cómo se procedió a realizar las operaciones periciales y la proximidad temporal con los hechos suelen influir decisivamente en los resultados obtenidos y, por consiguiente, se erigen en importantes elementos para la valoración del informe pericial.

Quinta.

Con relación a la *metodología aplicada al dictamen*, el desarrollo científico y tecnológico ocurrido en las últimas décadas ha traído consigo el surgimiento de pruebas periciales cada vez más complejas y la consecuente necesidad de incorporación a los criterios jurisprudenciales ya consolidados de nuevos *parámetros para la valoración de la prueba científico-técnica*.

Los elevados niveles de probabilidad de certeza proporcionados por la ciencia exigen una respuesta del Poder Judicial en el sentido de elevar sus patrones de evaluación de este tipo de prueba pericial, de manera que puedan separar la *buena ciencia* de la *pseudociencia* y asegurar el acierto en la decisión judicial. Ello requiere una adaptación a nuestra realidad jurisprudencial de los criterios establecidos por la jurisprudencia estadounidense a partir del precedente *Daubert vs. Merrell*.

No se trata propiamente de la reformulación del sistema de la sana crítica sino de la inclusión de nuevos conceptos en la valoración intrínsecos al dictamen técnico o científico y en la plasmación clara y objetiva en la sentencia de los diversos criterios tomados en cuenta por el tribunal para la valoración de la prueba pericial.

La valoración del dictamen científico requiere la evaluación de los siguientes elementos: 1) el consenso general de la comunidad científica interesada; 2) la publicación en revistas sometidas al control de otros expertos, de la teoría o la técnica en cuestión; 3) el control y posible falsabilidad de la teoría científica o la técnica en la que se fundamenta la prueba; 4) el porcentaje de error conocido o potencial del método; 5) el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica aplicada.

Sexta.

Los razonamientos y conclusiones del dictamen integran el tercer y último criterio de valoración de la prueba pericial.

En lo que concierne a *los razonamientos* se evalúa la coherencia lógica interna y externa del informe, los razonamientos orales del perito en la vista o juicio y con la observancia de las limitaciones a la libertad judicial en la valoración de la prueba pericial, formuladas por la doctrina jurisprudencial.

En cuanto a *las conclusiones del dictamen*, podemos afirmar que constituye la esencia de la prueba pericial. A través de ellas el perito expone su versión calificada del hecho controvertido que la prueba pericial se propone aclarar y, en su caso, contesta a las preguntas formuladas por las partes y por el juez. De ahí su trascendental importancia en la valoración judicial del dictamen.

En este contexto, el juez puede adoptar el dictamen que tenga naturaleza más concluyente, observando su entereza, congruencia lógica y fundamentación.

Y cuando se haya practicado más de un informe y los peritos hayan adoptado métodos semejantes, es admisible al juez combinar las conclusiones de los distintos dictámenes, desde que los peritos hayan partido de diferentes datos y lleguen a conclusiones distintas con un cierto grado de independencia entre ellas.

Pero, en los supuestos de *contradicción de las conclusiones del dictamen con los demás elementos de prueba*, las innumerables combinaciones que pueden ocurrir dificultan sobremanera concluir en la existencia de líneas uniformes aplicables a todo tipo de prueba.

Séptima.

La complejidad de la prueba pericial y la diversidad de criterios jurisprudenciales existentes para su valoración se traducen en dificultades reales a la hora de objetivar la *motivación* de una sentencia con relación al dictamen pericial. Ello no significa *la sistemática repetición y cita de precedentes jurisprudenciales* de criterios de valoración ya consagrados. Tampoco consiste en la *motivación implícita*, que no enuncie las razones que fundan la decisión y tenga un contenido meramente referencial a las pruebas practicadas, lo que puede resultar en una insuficiencia de motivación.

El uso indiscriminado de los precedentes se destina mucho más a servir de escudo al juzgador contra la instancia superior o sus propios pares del tribunal que como instrumento de unificación de criterios y líneas interpretativas del derecho. Además, suele provocar confusiones y dudas en el lector de la sentencia respecto a las razones que motivaron al juez a decidir en un sentido u otro.

Si el exceso de citas sobre los precedentes jurisprudenciales no es sinónimo de motivación de la sentencia, la opción por un método de estilo lacónico no representa necesariamente la solución al problema, ya que también puede ocultar o falsear los motivos reales de la motivación y causar perjuicios a la tutela judicial efectiva.

Octava.

Es en este escenario en el que, a partir de *los criterios jurisprudenciales y doctrinales* ya reconocidos por la jurisprudencia como ajustables para la valoración del dictamen, planteamos una *propuesta de motivación del dictamen pericial en tres fases*.

No se trata de querer imponer una *camisa de fuerza* a los jueces, de modo que limite su capacidad creativa en el momento de motivar sus fallos, sino un intento de facilitar ese trabajo. Porque es el juez, a partir del caso concreto, el que va a elegir los criterios de valoración aplicables y sus respectivos contenidos en el momento de dictar su sentencia.

Tampoco se trata de aventurarse a intervenir en el proceso mental de formación de la convicción del juzgador. Lo que se pretende es ofrecer como opción un modelo pragmático, objetivo y uniforme de los razonamientos de una sentencia en cuanto a la valoración de la prueba pericial.

Novena.

Atendiendo a su complejidad, la *plasmación de la valoración de la prueba en la sentencia* puede constituir uno de los desafíos del derecho procesal en la actualidad, de modo que se trata de extraer la actividad del juez del dominio de la irrealidad subjetiva.

El actual estadio de desarrollo del Estado de Derecho y la evolución doctrinal respecto al tema de la valoración de la prueba pericial apuntan a la necesidad de una mayor objetividad y racionalidad en la técnica judicial de motivación del dictamen.

La tesis que sostenemos consiste en la idea de que la motivación del dictamen obedezca mínimamente a un orden lógico de plasmación de sus diversos elementos relevantes para su valoración, de modo de permitir a su lector una mayor comprensión de las razones por las cuales el juez ha admitido o rechazado sus conclusiones.

Décima.

La motivación del dictamen en la sentencia requiere una exposición pormenorizada de acuerdo a los criterios jurisprudenciales y doctrinales anteriormente referidos. Para lo que se requiere el uso de la técnica de *motivación analítica de las pruebas*, que reduce los márgenes para que ocurran las denominadas motivación implícita y motivación insuficiente.

Consideramos que ésta técnica puede proporcionar un mayor grado de seguridad jurídica a la decisión, toda vez que permite a las partes y a las instancias superiores conocer de manera más profunda cuáles son los criterios de valoración efectivamente aplicados por el juzgador, incluso a efectos de la eventual impugnación de la sentencia. De esta manera se posibilita la identificación e individualización del dictamen practicado, así como una exposición objetiva de su contenido. Todo ello contribuye a una motivación judicial más clara y sencilla.

Undécima.

Cuantos más elementos identificadores del dictamen se hagan constar en la sentencia, en mejores condiciones estará el juez para motivarla y más mecanismos de control tendrán las partes y la sociedad para evaluar el acierto de la resolución. La plasmación en la sentencia de la valoración de la prueba pericial debería desarrollarse en tres fases, dentro de una lógica secuencial y de acuerdo con los diversos elementos que informan los criterios jurisprudenciales y doctrinales sobre la materia: *objetividad de la actuación del perito, metodología aplicada al dictamen, razonamientos y conclusiones*.

Proponemos que en la primera fase, relacionada a la *objetividad del dictamen*, el juez deba referirse en la motivación, de conformidad con los criterios jurisprudenciales de valoración de la prueba pericial y de forma muy concreta a los siguientes datos: *nombre*

del perito, formación académica o experiencia profesional, modalidad de designación y la formulación de tacha o recusación del perito, en caso de existir.

En la segunda fase el juzgador debe referirse a la *metodología aplicada por el perito*. Consideramos que la motivación de la sentencia, con relación a la prueba pericial técnico-científica, exigiría también la expresa consideración, en esta fase, de los criterios específicos de valoración de este tipo de prueba, de acuerdo con la doctrina desarrollada respecto al tema, anteriormente referida.

Y en tercera y última fase correspondería al juez considerar en *los razonamientos y conclusiones del dictamen y su relación con los demás elementos de prueba*.

Duodécima.

Como colofón a lo expuesto, quisiéramos dejar constancia que si bien la propuesta de motivación del dictamen pericial en tres fases puede al principio resultar en una mayor carga de trabajo para los jueces a la hora de redactar sus sentencias, atendiendo a que exige un esfuerzo para la aprehensión de todos los elementos integrantes de la prueba pericial. Estimamos sin embargo que la tarea pueda resultar más complicada sólo en su primera aplicación. Una vez superada esta etapa, el modelo puede ser un instrumento facilitador de sus actividades. En definitiva, el éxito de la propuesta va a depender fundamentalmente su repercusión doctrinal y aceptación por la judicatura.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, X., “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), Barcelona, 2007.
- ABEL LLUCH, X. y PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *La prueba pericial*, Barcelona, 2009.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 12, 1992. Disponible en http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_08.pdf.
- “De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza”, *Jueces para la Democracia*, n. 22, 1994. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=De+nuevo+sobre+motivaci%C3%B3n+de+los+hechos.+Respuesta+a+Manuel+Atienza&db=1&td=todo>.
- “<<Carpintería>> de la sentencia penal (en materia de hechos)”, *En torno a la jurisdicción* (con prólogo de Alberto Bovino), Buenos Aires, 2007.
- ANDRÉS JOVEN, J., “El dictamen de especialistas y el dictamen de peritos”, en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), Barcelona, 2006.
- ANTÓN Y BARBERÁ, F. y MÉNDEZ BAQUERO, F., *Análisis de textos manuscritos, firmas y alteraciones documentales*, Valencia, 2005.
- AÑOVEROS TERRADAS, B., “La prueba de paternidad en los reconocimientos de complacencia”, en *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, en ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dirs.), Las Rozas (Madrid), 2011.
- ARAGÓ HONRUBIA, I. M., “La intervención del perito en el acto de la vista”, en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), Barcelona, 2006.
- ASÍS, R. de, *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, 2005.
- ASUA BATARRITA, J., “Entre el consenso y la evidencia científica”, *Gaceta Médica*, Barcelona, v. 19, n. 1, ene/feb 2005.
- ATIENZA, M., “El Derecho como argumentación”, *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, n° 21, 1999, p. 39.
- BACIGALUPO, E., “Jurisprudencia y seguridad jurídica”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, en SAMPER JUAN, J. (Dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

- BARAHONA NIETO, E., “El principio de precaución, principio orientativo de las decisiones de la Administración”, en *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, en ROMEU CASABONA, C. M., (Ed.), Albolote (Granada), 2004.
- BOLADERAS CUCURELLA, M., *Karl R. Popper (1902-1994)*, Madrid, 1997.
- BUNGE, M., “El efecto San Mateo”, *Polis: revista académica de la Universidad Bolivariana*, n. 2, 2001. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=ANUALIDAD&revista_busqueda=7117&clave_busqueda=2001.
- CABAÑAS GARCÍA, J. C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil: estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, 1992.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aproximación a la teoría general sobre el principio de intermediación procesal: de la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, v. II, en CARPI, F., ORTELLS, M. (Eds.), Valencia, 2008.
- CALAMANDREI, P., “La crisis de la motivación”, *Proceso y democracia: conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México* (traducción del Licenciado Héctor Fix Zamudio), Buenos Aires, 1960.
- CAMPANARIO, J. M., "El sistema de revisión por expertos (peer review): muchos problemas y pocas soluciones", *Revista Española de Documentación Científica*, v. 25, n. 3, 2002. Disponible en: <http://redc.revistas.csic.es/index.php/redc/article/view/107/171>.
- CANZIO, G., “Prova scientifica, ricerca della “verità” e decisione giudiziaria nel processo penale”, en *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Quaderno n. 8 della *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, Milano, 2005. Disponible en: <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/12450.pdf>.
- CARRACEDO, A., “La huella genética”, en *Cincuenta años de ADN: la doble hélice*, en GARCÍA BARRENO, P. (Dir.), Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2003.
- CHICO FERNÁNDEZ, T., “La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, en ABELLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), Barcelona, 2007.
- COHEN, M. y NAGEL, E., *Introducción a la lógica y al método científico*, v. 2, *lógica aplicada y método científico*, Buenos Aires, 1971.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de la sentencia: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, 2003.
- CORDÓN MORENO, F. [et al.] (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, v. I, arts. 1 a 516, Elcano (Navarra), 2001.
- DE ÁNGEL YÁGÈZ, R., “El principio de precaución y su función en la responsabilidad civil”, en *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, en ROMEU CASABONA, C. M., (Ed.), Albolote (Granada), 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*, Madrid, 2008.

- DELGADO BARRIO, J., “El juez en la Constitución”, *Constitución y Poder Judicial: XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003.
- DELGADO GARCÍA, A. M. y OLIVER CUELLO, R., “Iniciativas recientes de la e-justicia en España”, en *E-justicia, Revista de Internet, derecho y política*, en FABRA, P. (Coord.), n. 4, 2007. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254137>.
- DOMINIONI, O., *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005.
- DURKHEIM, E., *Las reglas del método sociológico* (Versión directa del francés por Paula Waisman), Buenos Aires, 1976.
- DUVERGER, M., *Métodos de las ciencias sociales*, Barcelona, 1996.
- DWYER, D., *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge, 2008.
- ESCALADA LÓPEZ, M. L., “El dictamen de peritos en la LEC: aspectos generales: especial atención a su naturaleza jurídica”, *Revista de Derecho Procesal*, n. 1, 2007.
- ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2000.
- ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Principios y reglas: la discrecionalidad administrativa y la judicial”, en *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, en ANDRÉS IBAÑEZ, P. (Dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- FIGUEROA YÁÑEZ, G., “El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil”, en *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, en ROMEU CASABONA, C. M., (Ed.), Albolote (Granada), 2004.
- FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Valencia, 2005.
- FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, 2000.
- FORCADA NOGUERA, M., “Aportación del dictamen pericial en el juicio verbal”, en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY (Dir.), Barcelona, 2006.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (ha colaborado BUITRÓN RAMÍREZ, G), *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2009.
- GARCÍA-CUERVA GARCÍA, S., “Las reglas generales del onus probandi”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), Barcelona, 2007.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Elcano (Navarra), 1999.
- GASCÓN ABELLÁN, M., “Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 15, 2007. Disponible en: http://www.uv.es/CEFD/Index_15.htm.

- *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ PILLADO, E., IGLESIAS CANLE, I., “La prueba pericial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista Xurídica Galega*, n. 27, 2000.
- GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*, t. I, Madrid, 2003.
- GUTIÉRREZ MUÑOZ, S. M., *La prueba pericial en el proceso civil*, Barcelona, 2009.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Conocimiento científico y decisión judicial: ¿cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?”, *Jueces para la Democracia*, n. 54, noviembre 2005.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación de las sentencias: imperativo constitucional*, Madrid, 2003.
- INIESTA DELGADO, J. J., *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*, Bolonia, 2003.
- JIMENEZ CONDE, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978.
- JURADO BELTRÁN, D., *La prueba pericial civil: análisis práctico del procedimiento probatorio pericial*, Barcelona, 2010.
- “La prueba pericial en los pleitos relativos a patologías constructivas imputadas a arquitectos superiores”, en *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, en ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.), Las Rozas (Madrid), 2011.
- KANT, I., *La paz perpetua* (traducción del alemán por Baltasar Espinosa), Madrid, 1967.
- KEANE, A., GRIFFITHS, J., MCKEOWN, P., *The Modern Law of Evidence*, Oxford, 2010.
- LA CRUZ BERDEJO, J. L. [et al.], *Elementos de Derecho Civil*, I, parte general, v. I, Introducción (Revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J.), Madrid, 2006.
- *Elementos de Derecho Civil*, I, parte general, v. II, Personas (Revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J.), Madrid, 2010.
- LABASTIDA AZEMAR, F., “Código Técnico de la Edificación (CTE)”, en *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación*, *Estudios de Derecho Judicial*, en HERNÁNDEZ PEZZI, C. (Dir.), 108-2006, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- LEDESMA IBÁÑEZ, M. P., “La prueba pericial en la LEC: problemática detectada en la práctica judicial”, en *La prueba pericial en el proceso civil*, en LEDESMA IBÁÑEZ, M. P. y ZUBIRI DE SALINAS, F. (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, XII, Madrid, Consejo General de Poder Judicial, 2006.
- LIDA DE MALKIEL, M. A., *La idea de la fama en la edad media castellana*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- LLEDÓ YAGÜE, F., “La prueba en los procesos de filiación”, en *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*,

- en ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.), Las Rozas (Madrid), 2011.
- LORCA NAVARRETE, A. M., *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia probatoria*, San Sebastian, 2006.
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I., “Modalidades de dictamen de peritos en la LEC: especial consideración a su compatibilidad o incompatibilidad en el proceso”, *Práctica de Tribunales*, n. 4, Abril 2004.
- MAGRO SERVET, V. (Coord.), *La prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Las Rozas (Madrid), 2007.
- MARTIN SANCHEZ, T., *Peritación caligráfica, tratado básico de falsificaciones documentales*, Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ DE PANCORBO, M. A., CASTRO A. y FERNÁNDEZ-FERNÁNDEZ, I., “Límites de la tecnología basada en el ADN”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, diciembre de 1998, n. 12.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, J., *Ciencia y dogmatismo: el problema de la objetividad en Karl R. Popper*, Madrid, 1980.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L., “De los documentos privados”, en *Comentario del Código Civil*, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. [et al.] (Dir.), Madrid, Ministerio de Justicia, t. II, 1992.
- MIRANDA VÁZQUEZ, C. de., “El juicio de hecho en la mente del juzgador: ¿cómo razona?”, en *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, en ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.), Las Rozas (Madrid), 2011.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2007.
- MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil L. E. C. 1/2000*, Barcelona, 2001.
- MORAL SORIANO, L., *El precedente jurisprudencial*, Madrid, 2002.
- NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000.
- NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., “El <<dictamen de especialistas>> como prueba <<sui generis>> en el derecho de familia y la mediación”, *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, n. 37, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la justicia!: política judicial y economía*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993.
- PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990.
- “Reflexiones sobre la prueba pericial en los procesos penal y civil: particular consideración de la pericia psiquiátrica”, en *Salud mental y Justicia: problemática civil y penal, internamientos en el Derecho Civil y Penal, la peligrosidad*, en PEDRAZ GÓMEZ, S. (Dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994.
 - *Derecho procesal penal, T. I, Principios del Derecho Procesal*, Madrid, 2000.

- PEREDA GÁMEZ, F. J., “La prueba pericial en los litigios derivados de la ley de ordenación de la edificación”, en *La prueba pericial en el proceso civil*, en LEDESMA IBÁÑEZ, M. P. y ZUBIRI DE SALINAS, F. (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, XII, Madrid, Consejo General de Poder Judicial, 2006.
- PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico en el proceso civil: ciencia y tecnología en tela de juicio*, Valencia, 2010.
- PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, 2003.
- POSNER, R. A., *Cómo deciden los jueces* (traducción de Victoria Roca Pérez), Madrid, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, 1993.
- RABELAIS, F., *Tercer libro de Pantagruel* (traducción de Alicia Yllera), Madrid, 2009.
- REDMAYNE, M., *Expert evidence and criminal justice*, Oxford, 2001.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., “Limitaciones a la oralidad en la práctica de la prueba pericial en el proceso civil Español”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, v. II, en CARPI, F., ORTELLS, M. (Eds.), Valencia, 2008.
- RÍOS LÓPEZ, Y., “La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos”, en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), Barcelona, 2006.
- RIVERA MORALES, R., *La prueba: un análisis racional y práctico*, Madrid, 2011.
- SALAS, M. E., “¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 13, 2006. Disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/13/minor.pdf>.
- SALVADOR CODERCH, P. y RUBÍ PUIG, A., “Riesgos de desarrollo y demarcación judicial de la buena ciencia”, *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*. Disponible en: <http://www.escholarship.org/uc/item/68w2222m>.
- SELLTIZ, C., WRIGHTSMAN, L. S., COOK, S. W., con la colaboración de BALCH, G. I. [et al.], *Métodos de investigación en las relaciones sociales* (Traducción de Jacinto Antolín Alonso), Madrid, 1980.
- SENTIS MELENDO, S., *La prueba: los grandes temas del Derecho probatorio*, Buenos Aires, 1979.
- SIERRA BRAVO, R., *Técnicas de investigación social: teoría y ejercicios*, Madrid, 2007.
- STEIN, F., *El conocimiento privado del juez* (traducción española de Andrés de la Oliva Santos), Madrid, 1990.
- TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, J., “La valoración de la prueba civil”, *Práctica de Tribunales*, Año VI, n. 66, Diciembre 2009.
- TARUFFO, M., *La prueba* (traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán), Madrid, 2008.
- *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos* (traducción de Daniela Accatino Scagliotti), Madrid, 2010.

- *La prueba de los hechos* (traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, 2011).

THEODORO JUNIOR, H., *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, v. 1, Rio de Janeiro, 2007.

TORRES VICENT, R., “Psicología aplicada a la investigación criminal”, *Academia Superior de Estudios Policiales de Chile*. Disponible en: http://www.asepol.cl/spa/areaExtension/internas/pdf/numero_6/PSICOLOGIA_APLICADA_A_LA_INVESTIGACION_CRIMINAL.pdf.

TRONCOSO, M. I., “El principio de precaución y la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Privado*, n. 10, 2010. Disponible en: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpri/issue/view/37>.

VILLARINO MOURE, S., “El relato de hechos probados en la sentencia civil”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), Barcelona, 2007.

ZAPATA, C. M. y VELÁSQUEZ, J. D., “Algunas pautas para la escritura de artículos científicos”, *Revista Chilena de Ingeniería*, v. 16, n. 1, 2008. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/ingeniare/v16n1/ART02.pdf>.

ZUBIRI DE SALINAS, F., “Valoración de la prueba pericial”, en *La prueba pericial en el proceso civil*, en LEDESMA IBÁÑEZ, M. P. y ZUBIRI DE SALINAS, F. (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, XII, Madrid, Consejo General de Poder Judicial, 2006.