

Título: Aspectos prácticos de la prueba pericial en orden social

Title: Practical aspects of the expert evidence in social order

Extracto

El objeto de este artículo es abordar determinadas cuestiones relacionadas con la prueba pericial, que es utilizada en todo tipo de pleitos de incapacidad, minusvalía, accidentes de trabajo, despido y acoso, entre otros. Se tratará de perfilar algunas cuestiones prácticas sobre la proposición, admisión, práctica y valoración de las periciales médicas, informáticas, caligráficas o cuestionarios psicológicos, que pueden presentar especificidades en el orden social.

Abstract

The purpose of this article is to address certain issues related to expert evidence, which is used in all types of disability, handicap, work-related accidents, dismissal, harassment, among others. It will try to outline some practical questions about its proposition, admission, practice and assessment of medical, computer, calligraphic or psychological questionnaires, that may present specificities in the social order.

Palabras clave: prueba, proceso laboral, derechos fundamentales, pericial, registro informático

Keywords: evidence, labor process, fundamental rights, expert, computer record

SUMARIO

1.- LA DIVERSIDAD Y AMPLITUD DE LA PERICIAL EN EL ORDEN SOCIAL. 2.- PECULIARIDADES DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL ORDEN SOCIAL FRENTE AL PROCESO CIVIL. 3.- ¿QUIÉN PUEDE SER PERITA/O? 4.- APORTACIÓN DE PARTE Y MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA PRÁCTICA DE PERICIALES. 5.- LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL JUICIO ORAL. 5.1.- La ratificación del dictamen. 5.2.- La presentación oral y escrita del informe. 5.3.- Actuaciones frente a la pericial de contrario. 5.4.- ¿Es posible tachar a un perito o recusarlo en el orden social? 6.- VALORACIÓN DE LAS PERICIALES POR EL ÓRGANO JUZGADOR DE INSTANCIA Y POSIBILIDADES DE REVISIÓN EN RECURSO. 7.- LAS PERICIALES MÉDICAS, EN PARTICULAR DE FACULTATIVOS FORENSES. 8.- LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE DETERMINADAS PERICIALES QUE PUDIERAN VULNERAR DERECHOS FUNDAMENTALES. 9.- LAS PERICIALES INFORMÁTICAS O ELECTRÓNICAS. 10.- LA PERICIAL CALIGRÁFICA.

Da mihi factum, dabo tibi ius

Adagio latino.

1.- LA DIVERSIDAD Y AMPLITUD DE LA PERICIAL EN EL ORDEN SOCIAL

En muchos casos la resolución de un conflicto judicial tiene como dificultad principal, no el Derecho sustantivo de aplicación, ni la jurisprudencia que lo interpreta, que pueden obtenerse fácilmente con un clic en bases de datos, sino la prueba de unos hechos. Y dentro de los diferentes medios de prueba, se produce la paradoja de que un proceso como el social, que tiene como principio esencial la oralidad, los dictámenes técnicos son esenciales. No pocas resoluciones judiciales en la jurisdicción laboral se basan en un detallado y razonado informe de peritos para la redacción de los hechos declarados probados y la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia.

Es obvio que la prueba pericial se utiliza extensamente en el orden social. El ejemplo más evidente está en los pleitos de incapacidad o minusvalía, en los que es un elemento imprescindible, por basarse en un cuestionable e insatisfactorio sistema para los justiciables y los órganos judiciales, donde a la postre un juzgador/a experta/o en derecho, debe decidir sobre cuestiones médicas. En los pleitos por accidente de trabajo y enfermedades profesionales, un minucioso informe pericial es casi imprescindible para interpretar y determinar el complejo baremo de accidente de tráfico, al igual que también en los pleitos de graduación de minusvalías que cuentan también con un baremo de valoración poco inteligible para los profanos en cuestiones clínicas. Además, las periciales contables pueden, entre otros ejemplos, permitir entender balances mercantiles y determinar la posible justificación de una medida de restructuración empresarial y su incidencia en el volumen de empleo o valorar adecuadamente determinadas operaciones societarias en grupos.

En otro orden de cosas, las periciales instrumentales están adquiriendo cada vez mayor importancia. Un exponente clásico de las periciales que aparecen como mecanismo de apoyo de otros medios de prueba son las caligráficas o de cotejo de letras, que pueden servir como elemento para dotar de valor probatorio a pruebas documentales. En algún caso, la pericial instrumental ya no es que sea conveniente, sino que deviene imprescindible para la aportación de determinados medios de prueba, como ocurre con los discos tacógrafos, donde se ha sentado doctrina sobre su

necesaria interpretación a través de prueba pericial, pues su lectura y contenido, es de imposible apreciación, sin disponer de los conocimientos científicos o prácticos necesarios¹.

Sin embargo, además de estas clásicas periciales instrumentales, cada vez son más importantes los peritajes digitales para garantizar la exactitud y autenticidad de correos electrónicos, mensajería instantánea o mensajes en las redes sociales, registros del ordenador, e indagación en todo tipo de archivos o medios de reproducción de la palabra, imagen o sonido. El teletrabajo y la digitalización de las relaciones laborales ha hecho que determinados dispositivos y el contenido de los mismos sea un elemento de prueba imprescindible, pero en claro contraste, la forma de realizar y aportar al proceso las periciales no cuenta con directrices claras.

Otros elementos conflictivos que atañen a la prueba pericial se relacionan con temas clásicos y no cerrados, pese a los intentos del legislador en la regulación de la prueba pericial en el art. 93 de la LRJS, como es la intervención del médico forense. La posición poco pacífica de las diferentes Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia continúa planteando dudas cuando quien lo solicita, goza del beneficio de justicia gratuita *ope legis*.

Por si ello no fuera suficiente, la situación de pandemia ha acelerado algunos cambios como la posibilidad de juicios telemáticos no regulados normativamente, pero donde se han establecido guías de actuación², en los que resulta difícil articular un equilibrio entre los clásicos principios de oralidad y de intermediación propios del orden social y la práctica de pruebas periciales y testificales con las debidas garantías³.

2.- PECULIARIDADES DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL ORDEN SOCIAL FRENTE AL PROCESO CIVIL

El carácter escueto de la regulación de la prueba pericial en el proceso laboral, contenida en un único precepto general, el artículo 93 LRJS, comporta que la más amplia regulación prevista en la LEC para este tipo de prueba (art. 335 y siguientes) se proyecte en el ámbito del proceso laboral, si bien con notables especialidades.

La primera particularidad es que no es exigible que las partes que pretendan utilizar prueba pericial acompañen los dictámenes a la demanda o a la contestación a ésta, sino que normalmente en el proceso laboral se presentan directamente en la vista oral (Alfonso Mellado,

¹ Al respecto, han precisado diversas sentencias que, en ningún caso, resulta admisible que los discos se acompañen de un listado de jornadas y horas extraordinarias realizadas por un trabajador, sin la debida pericial. Entre otras, SSTS 30 noviembre 2016, rcud. 1961/2015 y ATS 27 marzo 2019, rcud. 4112/2016.

² Vid. la aprobación en mayo de 2020 por parte del CGPJ de la «Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas».

³ Sobre las dificultades y posibles soluciones para los diferentes medios de prueba, vid. Gómez Esteban, 2020.

2002, pp. 21 y 23). En algún caso es preceptivo enviar el informe pericial previamente en el orden social, como en la modalidad procesal de impugnación de un despido colectivo para pruebas de especial complejidad (art. 124.10 LRJS)⁴. Sin embargo, con carácter general el art. 93 LRJS establece que la práctica de la prueba pericial se llevará a cabo en el acto del juicio. De hecho, lo más frecuente en el orden social es su aportación directa a la vista como estrategia procesal, de no dar pistas al contrario hasta el juicio, de las pruebas utilizadas por cada parte. Ello no es óbice de que a veces también las periciales se pueden aportar con la demanda, como, por ejemplo, suele ocurrir en demandas de solicitud de determinadas prestaciones de Seguridad Social.

Ello introduce una notable diferencia con lo previsto en los arts. 265.1.4ª y 336 de la LEC, que establecen que los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones deben acompañar a la demanda o a la contestación a ésta, con tres alteraciones, a saber: primero, la excepción prevista en el art. 337 de la LEC⁵; en segundo lugar, la petición de una parte de designación judicial de una pericial cuando lo estime conveniente o necesario, conforme a lo previsto en el art. 339 LEC; y, en tercer lugar, también se exceptúa del principio de aportación de parte en la demanda o contestación el supuesto de que alguna de las partes sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, en cuyo caso, deberá simplemente anunciar sus periciales en la demanda o en la contestación a ésta.

La segunda especialidad es que el proceso laboral apostó decididamente por los informes a instancia de parte, para evitar los complejos trámites establecidos en la antigua LEC para el nombramiento de peritos. De ahí que, en textos anteriores, se hiciera referencia expresa a la inaplicación de la insaculación de peritos prevista en la LEC de 1881, que es un sistema de gran complejidad procedimental⁶. Este método de insaculación de peritos desapareció del orden civil y se introdujo en la LEC del 2000⁷ un procedimiento diferente de nombramiento de peritos para auxiliar al juez, con un sistema de designación judicial, previendo primero la posible designación de común acuerdo de las partes (art. 339. 4 LEC) y a falta de acuerdo, por el sistema de sorteo y

⁴ Se impone la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto del juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba

⁵ Este precepto prevé que, si no fuera posible la aportación de dictámenes por las partes «junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal». Este sistema de aportación previa a la audiencia previa o a la vista, también se prevé para los dictámenes cuya procedencia se determine a partir de actuaciones procesales posteriores a la demanda conforme a lo previsto en el art. 338 LEC.

⁶ Vid. base 19 de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de bases del procedimiento laboral, que aludía a que no era aplicable al orden social la insaculación de peritos.

⁷ Dicha Ley en su exposición de motivos señaló precisamente que una de las reformas esenciales de la ley del 2000 fue la introducción de los dictámenes de peritos designados por las partes y la reserva de la designación por el tribunal de perito para los casos en que así le sea solicitado por las partes o resulte estrictamente necesario.

después de lista corrida previsto en el art. 341 LEC. Sin embargo, dicho procedimiento de designación judicial de perito, tiene una aplicación muy residual en el orden social (Ollé Sesé, 2016), fuera de los casos de titulares del beneficio de justicia gratuita y del recurso al médico forense, que, por otra parte, se aparta del sistema de designación judicial de peritos previstos en la LEC.

El sistema resultante en la LRJS si bien, es acorde con el principio de concentración y celeridad, presenta algunos inconvenientes esencialmente porque al no fragmentarse en dos momentos, la proposición y práctica de la prueba, hay un cierto elemento de sorpresa, y resulta difícil contrarrestar las periciales presentadas por la otra parte. Segalés, 2002, insiste en que la propia fugacidad del juicio oral provoca un especial protagonismo del juzgador y una apertura hacia el principio inquisitivo propio del orden penal. Sin embargo, el autor critica una excesiva propensión por garantizar el principio de celeridad en el proceso de trabajo, en particular en cuanto al control de pertinencia de las pruebas, que va en menoscabo de las debidas garantías y del descubrimiento de la verdad material. Ello es consecuencia del carácter fuertemente concentrado del juicio laboral donde la proposición y la práctica de la prueba se realiza en un mismo momento (pp. 5-6 y p. 45).

No obstante, la LRJS ha establecido determinados mecanismos correctores frente a la imprevisibilidad de determinadas pruebas periciales presentadas directamente a la vista, pero ha de advertirse que estas previsiones están teniendo un desigual uso.

La primera de estas salvaguardas es el traslado previo entre las partes de la prueba pericial que, conforme a lo dispuesto en el art. 82.4 LRJS, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo. Se establece que de oficio o a petición de parte, podrá requerirse el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto de juicio, de una prueba pericial de estas características. Sin embargo, lógicamente esta posibilidad exige que se prevea la presentación de esta prueba pericial, lo que no siempre es posible anticipar.

El segundo mecanismo corrector del principio de concentración en juicio de la proposición, admisión y práctica de la prueba, mucho más solicitado en la práctica, es la posibilidad de realizar conclusiones complementarias, por escrito, en soporte preferiblemente informático, sobre pruebas periciales complejas o voluminosas. Esta posibilidad, que no derecho, está prevista en el art. 87.6 LRJS. Dicho precepto no obstante depende de la aquiescencia del órgano judicial, pues el órgano judicial podrá o no concederlo.

3.- ¿QUIÉN PUEDE SER PERITA/O?

Es común afirmar que, respecto las condiciones que debe reunir un perito/a y la obligación de juramento y promesa, son plenamente aplicables las reglas de la LEC al proceso social. De entrada, se exige que posea la titulación oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen (art. 340 LEC). Ahora bien, una cuestión que suscita alguna duda es si el perito ha de estar colegiado en todos los supuestos para poder actuar en juicio, dado que en el orden social no es habitual la figura del perito testigo, por ejemplo, al utilizarse empleados de una empresa con conocimientos técnicos para realizar periciales a favor de la misma. Lo cierto es que el art. 335 de la LEC exige que el perito aportado por las partes posea los conocimientos, no que tenga la colegiación. El artículo 341 de la LEC establece un sistema que otorga prevalencia a los peritos colegiados a los efectos de efectuar una designación judicial del perito⁸, pero como se ha indicado anteriormente, este sistema de designación judicial tiene aplicación residual en el orden social. Por otra parte, el apartado segundo del art. 341 de la LEC prevé la posibilidad de designar judicialmente a personas con conocimientos prácticos o entendidas en una materia, si bien, con carácter residual y sujetos a los requisitos establecidos en el art. 341 de la LEC. Lo cierto es que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta cuestión y ha venido a reconocer que la colegiación para actuar como perito no es obligatoria en algunos casos⁹. Concretamente, no se exige colegiación si el perito es entendido en un área donde no se requiere en todo caso colegiación oficial, salvo que sea un perito designado judicialmente¹⁰.

En otro orden de cosas, ha de aclararse que a través de la prueba pericial se trata, en general, de incorporar máximas de experiencia a la causa laboral, aunque existen periciales con un objetivo distinto, como la fijación del valor de unos bienes, en el caso de los peritos tasadores de bienes en fase de ejecución o la concreción del alcance de una condena en la ejecución de una sentencia de conflicto colectivo (art. 247.1.g) LRJS). Esta última pericial, trata de determinar los trabajadores afectados y las cantidades objeto de condena a través de una pericial, remitiéndose al trámite incidental del art. 238 LRJS si se discute la misma (Molins García-Atance, 2012).

Pero fuera de estos casos, las periciales tienen la finalidad de exponer sobre hechos, cuya debida apreciación por parte del juzgador requiere de una persona experta en un saber técnico, artístico, científico o práctico. La exigencia de declarar sobre hechos implica que no caben

⁸ En este sentido el art. 341.1 LEC señala: «En el mes de enero de cada año se interesará de los distintos Colegios profesionales o, en su defecto, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos...». El sistema ha sido completado por la Instrucción 4/2003, de Protocolo de Actuación del Servicio Común procesal para la asignación de peritos judiciales. Disponible en: file:///C:/Users/USER/Downloads/PROTOCOLO%20ASIGNACION%20PERITOS_1.0.0.pdf

⁹ Para un comentario en el proceso civil, vid. Orellana de Castro, 2020, p. 31.

¹⁰ La titulación del perito, sólo es exigible cuando se refiere a los peritos designados judicialmente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª de fecha 11 de enero de 2005 (JUR 2005, 55438). En cambio, el artículo 335 LEC cuando se refiere a los peritos designados por las partes, indica que deben poseer los conocimientos correspondientes sin aludir a requisitos de titulación [STSJ de Madrid de 15/07/2013 (AS 2013, 2042)].

periciales de Derecho, pues, por una parte, el Derecho no está como regla general, necesitado de prueba, ni siquiera, aunque éste sea complicado. De manera que, en no pocas ocasiones, se han rechazado como pruebas y llevado a la carpeta de inestructa, informes de catedráticos/os de Derecho por considerar, con razón, su aportación como prueba improcedente e irrelevante.

Por otra parte, los conocimientos de Derecho, son por definición, los únicos excluidos de prueba por juicio de autoridad. No se olvide además que, a través de una pericia, se trata de aportar un saber de qué el órgano judicial no dispone, por lo que los conocimientos en Derecho se presuponen, conforme al principio *iura novit curia*.

4.- APORTACIÓN DE PARTE Y MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA PRÁCTICA DE PERICIALES

La aportación de las periciales corresponde a cada parte, de acuerdo con la regla general en materia de carga de la prueba. Cada parte designa sus peritos (art. 336.1 LEC), salvo beneficiarios de justicia gratuita con derecho a prueba pericial conforme a lo previsto en el art. 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. En principio, ello presupone una solicitud por el beneficiario de una prueba pericial determinada. En los casos en los que no fuera posible la prestación de asistencia pericial por peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o por personal dependiente de la Administración, si el órgano judicial lo estima pertinente, en resolución motivada, se procederá al sistema de designación previsto en los artículos 341 y siguientes de la LEC para quienes gozan del beneficio de justicia gratuita (art. 339 LEC). El sistema de designación judicial de peritos fuera de estos casos de beneficiarios de justicia gratuita, prácticamente no se ha utilizado nunca en el orden social, aunque sí se ha recurrido a él en algún caso, cuando precisamente el dispositivo sobre el que se quería practicar la pericia no estaba en poder de ninguna de las partes¹¹.

En relación con recepción judicial de estas pruebas aportadas de parte, la regla general es su admisibilidad, salvo las siguientes excepciones. En primer lugar, que las pruebas periciales se consideren impertinentes o inútiles, es decir, que no guarden relación con el pleito o no contribuyan a esclarecer los hechos (art. 283 LEC y art. 87.1 LRJS). En segundo lugar, tampoco han de admitirse las pruebas periciales que se hayan obtenido ilícitamente vulnerando derechos

¹¹ Vid. STSJ Galicia 30 mayo 2003, rec. 1759/2003. En el supuesto se discutía en registro de un ordenador de un trabajador despedido por visionar pornografía, entre ellas, pornografía infantil con el ordenador de la empresa. En el caso se había designado un perito por designación judicial siguiendo el sistema de sorteo. La sentencia rechazó que dicha designación judicial vulnerara las reglas específicas en materia de prueba pericial previstas en la norma forense en el orden social.

fundamentales. En este caso, ante un cuestionamiento de este tipo, ha de seguirse el procedimiento previsto en el art. 90.2 LRJS. En tercer lugar, la regla general de admisibilidad de las pruebas periciales propuestas por las partes, tiene una importante excepción con la solicitud de intervención del médico forense, a la que luego se hará referencia.

La admisión de pruebas solicitadas en la demanda no comporta necesariamente la práctica, ya que la admisión de la prueba propiamente se ha de realizar al acabar el trámite de alegaciones y previo recibimiento del pleito a prueba¹². La admisión de una prueba no admite reclamación o protesta de ningún tipo, salvo que se alegue que en su obtención se han violado derechos fundamentales (art. 90.2 LRJS). Cuando se produzca esta impugnación, el órgano debe resolver lo que proceda, tras oír a las partes, que pueden practicar prueba sobre esta cuestión y, en caso de que se estime necesario por el órgano judicial, acudir a diligencias finales (art. 88 LRJS). Si se deniega que la prueba propuesta haya vulnerado derechos fundamentales en ese momento, contra esta decisión del órgano judicial cabrá interponer remedio de reposición oralmente en el mismo acto de juicio, que será resuelto, también de forma oral, en ese mismo acto, sin perjuicio de que luego pueda recurrirse contra la sentencia.

El sistema previsto en dicho precepto no acaba de resultar satisfactorio, pues en la práctica normalmente el juzgador necesitará admitir y practicar dicha prueba para dilucidar si ha habido vulneración de un derecho fundamental, lo que comporta dos consecuencias.

En primer lugar, que este asunto se resolverá normalmente en la sentencia, pues lo más habitual es que el órgano judicial postergue a ese momento la decisión de si una prueba ha violado o no derechos fundamentales conforme al juicio de proporcionalidad. De manera que, en la práctica, lo usual es que se deje realizar la prueba, reservándose el órgano judicial la apreciación

¹² En este sentido el TS ha señalado en sentencia 17 enero 2007, rec. 16/2005: «a pesar de que la recurrente se queja de que le fue admitida una prueba y después no fue practicada, la realidad no fue la que ella alega por cuanto lo que hizo la parte, en cumplimiento de lo previsto en el art. 90.2 LPL, fue solicitar la colaboración judicial para la práctica de una prueba que le interesaba, y lo que hizo la Sala fue prestar esa colaboración que no tiene otra razón de ser que la de facilitar la posible celebración del juicio con todas las garantías, pero en ningún caso se puede sostener que ese acto de colaboración equivalga a una decisión de admisión de tal medio de prueba por cuanto, tanto la proposición como la práctica de cualquier medio de prueba sólo puede tener lugar después del trámite de alegaciones y después del recibimiento del juicio a prueba en cumplimiento de las previsiones contenidas en el art. 87 y concordantes de la LPL; hasta ese momento las partes habrán podido anunciar su interés en la práctica de determinados medios probatorios, cual suelen hacer de hecho en las demandas (y aquí se produjo), y habrán podido solicitar la colaboración judicial para hacer posible la aportación y práctica de algunas pruebas que de otra manera sería imposible llevar a la práctica, pero el auténtico momento procesal para proponer esas pruebas es el posterior al trámite de alegaciones, pues sólo entonces puede conocer con plenitud cada parte la posición procesal definitiva de la contraria y también el Tribunal hasta el punto de que se han podido prever con antelación pruebas que luego resulten innecesarias (cual ocurre si hay expreso reconocimiento de hechos concretos) al igual que puede surgir sobre la marcha la necesidad de nuevos medios con los que no se contó desde el principio. Por lo tanto, no estamos en términos procesales auténticos en presencia de una prueba admitida y no practicada, como sostiene la recurrente, sino ante una formal proposición y admisión de pruebas hechas ambas de forma irregular y en tiempo inadecuado, lo que se corrobora en el hecho de que en la propia "proposición" no se mencionara ni cuales habrían de ser los documentos ni quienes los testigos».

a posteriori de si la prueba practicada vulnera derechos fundamentales. Si se estima dicha vulneración, se priva de valor a la prueba practicada, declarándolo así en la sentencia que se dicte.

En segundo lugar, que, de haberse practicado la prueba en el juicio, como es lo habitual, la eventual vulneración de los derechos fundamentales, se habrá materializado aún más, pues junto a la obtención de una prueba ilícita se producirá también su práctica, aunque luego se le prive de valor. La insatisfacción que ha provocado este sistema ha conducido a propuestas sobre que debería cambiarse la regulación, quizá realizando un incidente de inadmisión específico sobre pruebas que violen derechos fundamentales.

En todo caso, frente al rechazo judicial de una prueba pericial, la parte podrá formular la correspondiente protesta si entiende que no hay causa para ello (art. 87.2 LRJS). Dicha protesta deberá constar en la grabación o en el acta del juicio, consignando la prueba propuesta, la denegación y las razones aducidas por el órgano judicial para fundamentar la misma. Dicha protesta previa es requisito *sine qua non* para alegar la denegación de la prueba como motivo de recurso contra la sentencia que se dicte y que este motivo pueda prosperar y declarar una eventual nulidad de actuaciones procesales en un recurso de suplicación *ex art.* 193.a) LRJS o en sede de recurso de casación (art. 207.c) LRJS). Los motivos de denegación están tasados, sin que se admitan otros, como la extemporaneidad de la aportación de una prueba pericial antes del juicio (a), el carácter parcial de un perito (b) o la falta de habitualidad de una prueba en el orden social (c).

- (a) En punto a la no aportación previa del peritaje, recuérdese que solo en un caso es preceptivo enviar el informe pericial previamente en el orden social. Se trata del proceso de impugnación de un despido colectivo para pruebas de especial complejidad (art. 124.10 LRJS), donde se impone la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto del juicio. Sin embargo, la falta de cumplimiento de dicho plazo no podrá comportar la inadmisión de la prueba¹³.
- (b) En cuanto al carácter parcial del perito, no es un motivo que pueda fundamentar la falta de admisión de una prueba pericial propuesta por la parte. De hecho, cuando se ha rechazado por esta razón la práctica de la prueba pericial, ello ha conducido a la

¹³ STS 2 diciembre 2014, rec. cas. 97/2013, con voto particular de 6 magistrados de la Sala. Se enjuiciaba el despido colectivo en un Ayuntamiento de Estepona en el que los representantes de los trabajadores no habían aportado pruebas con el plazo de cinco días de antelación a la fecha de la vista (se presentó un día antes del inicio). En instancia, el TSJ consideró que no se había aportado con la anticipación debida y que tenía complejidad suficiente para que el resto de partes tuviesen oportunidad de estudiarla con dicha antelación. Sin embargo, el TS revocó esta sentencia y declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva pues la prueba no se había rechazada motivadamente por su posible inutilidad o impertinencia, sino por una causa de extemporaneidad en su propuesta que no está amparada razonablemente en las normas procesales aplicable (FJ 8º)

nulidad del juicio, siempre previa protesta de la parte perjudicada por esta inadmisión por causarle indefensión¹⁴.

- (c) Como quiera que el principio general ha de ser la admisión de la prueba pericial propuesta por la parte en garantía de su derecho de defensa (art. 24 CE), no cabe descartar ningún tipo de prueba por inhabitual que resulte la misma. De este modo, aunque las pruebas periciales más usuales son las de reconocimiento médico, las contables, las caligráficas y las informáticas, no resultan imposibles en el orden social otras pruebas, como las de ADN a través de saliva o sangre para identificar a un sujeto¹⁵. Obviamente, estas pruebas al afectar derechos fundamentales, requerirán autorización judicial conforme a lo previsto en los arts. 90.4 LRJS cuando estas resulten necesarias conforme al principio de proporcionalidad y seguir la normativa de protección de datos biométricos (art. 9.1 Reglamento 2016/679 Europeo de Protección de Datos, en adelante REPD).

En todo caso, más que la denegación de una prueba pericial, suele ser común que el órgano judicial no la valore en uso de sus facultades de apreciar los medios probatorios con arreglo a la sana crítica. Ahora bien, dentro de este amplio margen de discrecionalidad judicial, no cabe que el órgano judicial realice una denegación genérica, sino que se exige una justificación, para que quepa un cierto control por el órgano judicial superior¹⁶. Ciertamente, el órgano judicial ha de expresar sus elementos de convicción y si se ha apoyado en una concreta pericial o la ha desestimado. Es decir, es conveniente que dé razones tanto de la estimación, como de la desestimación, para evidenciar que no ha hecho una selección puramente arbitraria de los medios de prueba. Ello se ha aplicado en relación con pruebas periciales en juicios de incapacidad, cuando en la sentencia no se razona nada sobre las periciales médicas aportadas por las partes, limitándose a una somera mención de que “la convicción judicial se ha alcanzado de la valoración de los informes médicos y de las declaraciones de los peritos”. Ello comportaría

¹⁴ STSJ Galicia 27 julio 2000, rec. 4303/1997, donde se anuló el juicio al rechazarse la prueba pericial.

¹⁵ STSJ Madrid 7 noviembre 2000, rec. 1564/2000. El Tribunal Superior anuló el juicio por haberse rechazado indebidamente la prueba de huellas dactilares o pruebas de ADN para identificar al autor/a de unos mensajes con insultos y fotografías pornográficas que se recibieron en una empresa en varios sobres escritos a mano y dirigidos a los distintos Departamentos de la Compañía, en los que se contenía un escrito realizado en ordenador en papel similar al utilizado habitualmente en la correspondencia de la empresa. El texto previsiblemente fotocopiado y sobrepuesto en una fotografía pornográfica, que igualmente fotocopiada y difuminada, le servía de fondo, prácticamente sólo permitía la identificación del autor/a o autores mediante este tipo de pruebas.

¹⁶ Se ha señalado por ejemplo, que: «El criterio de libre apreciación judicial no puede conducir a soluciones inmotivadas o no razonables y así, por ejemplo, no basta para negar valor probatorio a estos medios, el único motivo de que una de las partes niegue el reconocimiento de su voz en una grabación, cuando existe un informe pericial que confirma que la cinta no ha sido objeto de alteración ninguna» (STSJ Comunidad Valenciana 13 febrero 2003, rec. 3314/2003).

la nulidad de la sentencia por falta de constancia de los elementos de convicción al vulnerarse la exigencia de motivación de las sentencias derivada del art. 120.3 CE¹⁷.

5.- LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL JUICIO ORAL

Conviene introducir algunos aspectos de la práctica de la prueba pericial, pues presenta ciertas singularidades frente a otros medios probatorios. De entrada, hay elementos previos al propio juicio, que conviene tener en cuenta ya en la contratación del perito. Por ejemplo, es recomendable contar con una clara hoja de encargo con detalle de conceptos a minutar. Así, es particularmente útil el pormenorizar la asistencia o no al acto de vista, con o sin contradicción. Y en este último sentido, es bueno prever de antemano el efecto de las frecuentes suspensiones de la vista. Otras cuestiones vienen referidas a la ratificación del informe, la presentación oral de las conclusiones del mismo, las posibles estrategias frente a la pericial presentada de contrario y la forma de cuestionar a los peritos, mediante tacha o recusación.

5.1.- La ratificación del dictamen

La prueba pericial se basa en la presentación en juicio de los informes y su ratificación. El sistema típico es la presentación de un informe escrito, en línea con el art. 346 de la LEC, que hace referencia a la emisión escrita del informe del perito, aunque en el orden social también se ha admitido excepcionalmente, la realización de periciales orales en algún caso¹⁸.

La ratificación en el juicio tiene el sentido de que el autor del dictamen garantice la exactitud y perfecto conocimiento de lo afirmado en el informe. La vigente redacción del art. 93 LRJS parece deducir que fuera de los peritajes del personal médico o inspector que obren en los

¹⁷ STSJ Castilla-La Mancha 19 enero 2010, rec. 780/2009, donde se anula la sentencia para que explicita la selección y valoración de los distintos medios de prueba practicados a instancia de las partes, a los efectos de alcanzar el juzgador *a quo* la conclusión de hechos declarados probados. En su razonamiento, señala la mencionada sentencia: «en el concreto litigio, que versa sobre el tema de la determinación de dolencias definitivas, la prueba pericial es medio casi insustituible para poder intentar discrepar de la descripción de dolencias que se impugna mediante la interposición de la demanda. De tal manera que, si se omite una cierta reflexión, se debe de insistir, por somera que sea, sobre el valor que se atribuye al contenido de dicha prueba médica pericial, y sobre su alcance probatorio, se está dejando casi vacía de contenido la efectividad de la tutela judicial, que parte de la concesión a las partes de la posibilidad de la utilización y ejercicio de medios de prueba idóneos a la finalidad perseguida. Que, sin duda, no tiene por qué ser una respuesta que acepte el contenido y alcance de la pericia practicada, pero que, sí que tiene que dar una cierta explicación a la parte, tiene que darse un cierto razonamiento, por mínimo que sea, de su no toma en consideración, o de la preferencia de otros distintos medios de prueba sobre ese. De tal manera que la parte pueda entender el proceso selectivo realizado, y también, se insiste, en su caso, los ulteriores órganos judiciales que puedan intervenir en control de tal proceso, confirmándolo o, por el contrario, modificándolo, en los términos que permite el artículo 191,b) LPL».

¹⁸ STS País Vasco 25 noviembre 1997, AS 4487.

expedientes o sean de aportación preceptiva, en el resto de supuestos, el perito ha de comparecer en la vista oral para ratificar su informe. Sin embargo, ello contradice la práctica, donde muchos peritos suelen cobrar un precio por el informe escrito, y otro por su ratificación en el juicio. Lo cierto es que alguna sentencia ha señalado que la falta de ratificación del informe será una cuestión valorada por el órgano judicial, de modo que en los casos de peritajes realizados por peritos privados, puede ocurrir que se niegue la validez de un peritaje si el autor del dictamen no lo ha ratificado¹⁹.

Como ya se ha anticipado en el orden social, conforme al art. 93.1 LRJS *in fine* la ratificación en juicio no se exige cuando se trate de informes, actuaciones obrantes en autos y documentos administrativos de aportación preceptiva según la modalidad que se trate, por ejemplo, respecto al personal médico o inspector cuyas actuaciones consten en la tramitación administrativa. La referencia a las modalidades donde existen una aportación preceptiva de informes obliga a traer a colación los casos de la modalidad procesal de clasificación profesional (art. 137 LRJS), o procesos de seguridad social por accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 142.2 LRJS). Sin embargo, generalmente estos informes escritos se habían tratado como una prueba diferenciada, la prueba de informes, y, por tanto, no asimilables a la prueba pericial. Por consiguiente, una correcta inteligencia del precepto estaría referida a informes o pruebas periciales que obraran ya en autos, esencialmente por contenerse en expedientes administrativos, que deben a su vez aportarse al proceso. Se trataría, por ejemplo, de dictámenes de las unidades de evaluación de incapacidades o de inspectores que ya constan en el expediente administrativo que ha de aportarse al juicio en los procesos de seguridad social, y que, por tanto, ya son conocidas por la parte.

La novedad introducida en la LRJS de 2011 en punto a la no necesidad de ratificación de ciertos dictámenes fue relativa. En puridad, la doctrina judicial de suplicación ya venía entendiendo que la regla de la necesaria presencia en el acto de la vista oral del perito cuando se negaba el carácter pericial de informes médicos escritos no ratificados en el acto del juicio por no haber sido sometidos a contradicción en la vista oral, no se aplicaba a los dictámenes de las unidades de valoración de incapacidades²⁰.

En todo caso, la supresión de las meras ratificaciones innecesarias del personal médico o inspector en sus previas intervenciones durante las tramitaciones administrativas, responde a un principio de razonabilidad económica y funcionalidad para la Administración. Sin embargo, también ha sido objeto de críticas, que apuntan certeramente, por ejemplo, que la valoración médica del Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS, aun gozando de la naturaleza de

¹⁹ STSJ Asturias 14 julio 2020, rec. 621/2020.

²⁰ Así, por ejemplo, en la STSJ del País Vasco de 17 octubre 2000, Rec. 1650/2000, se desecha como argumento para hacer prevalecer a un informe médico de parte sobre el dictamen del equipo de valoración de incapacidades, el hecho de que hubiera sido ratificado el primero en el juicio oral.

prueba pericial, queda exenta de este trámite de ratificación, «con lo que el criterio del médico evaluador queda inmunizado frente a cualquier tipo de inquisición oral y contradictoria. Ello ...se nos antoja un privilegio para con ésta difícilmente armonizable con el derecho constitucional la igualdad de armas en el proceso» (Vigo Serralvo, 2020).

5.2.- La presentación oral y escrita del informe

La presentación del informe del perito puede hacerse por escrito o de forma verbal, pero es siempre recomendable en los casos de informe oral, el apoyo de un dictamen escrito. Es conveniente que el escrito proporcione indicaciones de las premisas o elementos de base, del método y de los documentos de apoyo, y que se elaboren siempre unas conclusiones que sintetizen los aspectos esenciales, todo ello para facilitar la labor del juzgador. Aunque el artículo 347 de la LEC permite diferentes formas de practicar la prueba pericial: exposición del dictamen al completo, explicación del dictamen o de alguno o algunos puntos, respuesta a preguntas y objeciones sobre el método, premisas, conclusiones y ampliaciones, entre otras; lo usual será en el orden social que el órgano judicial pida al perito que se centre en sus conclusiones o que directamente aclare algún punto oscuro, no debiendo caer en la tentación el perito de reproducir oralmente en la vista el informe escrito.

En cuanto a la presentación oral del informe y las preguntas sobre el mismo ha de recordarse la conveniencia de su preparación conjunta con el letrado/a, sobre todo de los aspectos más técnicos que interesa dejar acreditados en la vista. Uno de los errores más burdos en la presentación del oral de un dictamen es que el letrado/a pida al perito la realización de valoraciones jurídicas. Recuérdese que corresponde a los peritos únicamente describir hechos que requieren de un saber técnico. Por ejemplo, la calificación de una patología como ajustada a un grado de incapacidad es una competencia que no incumbe a los peritos médicos, que han de circunscribirse a la descripción de enfermedades, o secuelas que padezca al trabajador, correspondiendo íntegramente la valoración jurídica a los órganos judiciales²¹.

5.3.- Actuaciones frente a la pericial de contrario

²¹ STS 20 marzo 1981, RJ. 1981/1389. Señala respecto a la valoración de la prueba pericial, «Corresponde al Juez o Tribunal, que es quien tiene que decidirla, no estando obligados a sujetarse al parecer de los peritos, quedando esa prueba sometida a la discrecional apreciación del Juzgador de instancia, por lo que no puede combatirse en casación, ya que, como tiene dicho con reiteración esta Sala, la calificación de las incapacidades permanentes escapan de las facultades concedidas a los peritos médicos, los que han de limitarse a describir las secuelas o enfermedades que padezca el trabajador, correspondiendo íntegramente aquella función a los Tribunales».

Un aspecto delicado es la conveniencia del interrogatorio del perito de la parte contraria. En muchos casos, en el orden social, resulta difícil elaborar las repreguntas a los peritos, pues los informes no se aportan hasta la vista oral, sin que exista la obligación de incorporarlos o anunciarlos en la demanda como ocurre en el procedimiento civil, donde el art. 337 LEC impone el anuncio de los dictámenes periciales que no se puedan aportar en la demanda o en la contestación. En todo caso, si en el acto del juicio un letrado/a se topa directamente en el juicio con una prueba pericial que por su volumen o complejidad resultara difícil someter a un juicio de contradicción con premura, resulta siempre conveniente solicitar realizar conclusiones complementarias por escrito de acuerdo con las reglas previstas en el art. 87.6 LRJS.

Algunos letrados versados en los juicios laborales, aconsejan directamente no repreguntar, salvo que se esté seguro de una respuesta favorable y segura a los intereses de la parte. Lo cierto es que las repreguntas son difíciles por la inmediatez de la práctica pericial, puesto que no hay audiencia previa en el proceso laboral con lo que han de formularse rápidamente y requieren una valoración casuística. Sin embargo, en algunos casos se puede tratar de descubrir el talón de Aquiles de la pericial ofrecida de contrario bien a través de las repreguntas, bien en fase de conclusiones. Entre otros aspectos, se puede incidir en la falta de experiencia o especialidad del perito (por ejemplo, un médico/a general frente a un especialista); la carencia de validez de los peritajes jurídicos; la falta de credibilidad de peritajes con referencias indirectas o de terceros, fotografías o similares, tales como no examinar a la persona directamente, sino únicamente realizar una pericial sobre la base de documentos elaborados por otros. También suele criticarse que quien ha elaborado el informe no lo ratifique o sea directamente una persona distinta quien declara sobre el mismo. Otro posible elemento para cuestionar una prueba pericial es poner en duda la cadena de custodia o destacar la posibilidad de manipulación de una prueba cuando ésta ha sido facilitada por una de las partes; por ejemplo, una máquina que es examinada para saber si tenía amianto, habiendo facilitado el fabricante al laboratorio técnico el propio modelo de máquina, a la que podía haber hecho desaparecer o fabricar sin la capa de amianto, etc.

Obviamente, los ataques al perito presentado por la parte contraria para restar credibilidad deben ser contrarrestados por el letrado en fase de conclusiones, por ejemplo, con una exposición de dictámenes en casos similares o destacando las aptitudes y experiencia del perito aportado, la fiabilidad del método y el carácter razonado y detallado de las argumentaciones y conclusiones.

5.4.- ¿Es posible tachar a un perito o recusarlo en el orden social?

La tacha de peritos en el orden social es una cuestión controvertida frente a la que existirían dos posiciones posibles.

Conforme a la primera, cabía admitir la aplicación de la tacha de peritos prevista en el art. 343 de la LEC al orden social, si bien en un proceso oral de única instancia como en el proceso social sin audiencia previa, la tacha de peritos debe plantearse directamente en el acto del juicio, conforme a lo previsto en el art. 343 de la LEC.

La segunda tesis argumentaría que, al igual que los testigos en el orden social no pueden ser tachados, tampoco pueden serlo los peritos; únicamente en trámite de conclusiones, las partes pueden hacer las observaciones que tengan por conveniente sobre la veracidad, solvencia o las circunstancias que concurran en el peritaje practicado²².

En mi opinión, esta segunda posición es la que más se ajusta al devenir práctico de la prueba pericial en los órganos judiciales del orden social, donde la falta de tacha se presupone, puesto que se admite la intervención como peritos de médicos de la entidad gestora, de una Mutua o peritos de parte cuyos servicios son obviamente contratados por ésta. Argumento que se refuerza por cierta doctrina del Tribunal Supremo que ha señalado que el cuestionamiento de un perito no debe resolverse en el acto de la vista, sino que ha de resolverse en la sentencia, al valorar el juez la prueba practicada en el juicio, pero no cabe impedir practicar la prueba en el acto del juicio por su parcialidad²³.

Diferente de la tacha, es la posibilidad de recusación del perito que, aunque referenciada en la norma forense laboral, en concreto, en el artículo 89.4.c) 4º) LRJS, respecto al contenido del acta de un juicio, tiene escasa aplicación en la práctica. Las razones son que en el art. 341 LEC la recusación de un perito está exclusivamente prevista para la designación judicial de un perito, no para los peritos de parte, que únicamente pueden ser objeto de tacha (arts. 124 y 343 LEC). Como quiera que la designación judicial es residual en el orden social, la recusación iría en paralelo. De hecho, en alguna sentencia donde el juzgador de instancia recusó de oficio a un perito de parte, la

²² AA.VV., 2012, p. 14.

²³ Vid. STS 29 noviembre 1993, rec. 856/1992, en un caso en que se cuestionó una pericial en la que el perito era presidente del comité de empresa y tenía interés en el pleito. El órgano judicial alteró la calificación de esta prueba en la sentencia valorándolo como un mero testigo. En la misma línea la STSJ Galicia 24 abril 2000, rec. 2119/1997 apunta que «la tacha traslada la cuestión a la fase de valoración de la prueba en la sentencia, sin impedir, por tanto, la emisión del dictamen».

sentencia fue anulada por un claro defecto procesal²⁴. Tampoco cuando erróneamente se ha recusado a los peritos de parte por la otra parte, ello no debe ser admitido por el órgano judicial²⁵.

Lo que obviamente sí cabe es que el órgano judicial ante las acusaciones de parcialidad de un perito, por ejemplo, aportado por una Mutua o un perito que había sido asesor de la empresa que efectuaba los despidos que se enjuiciaban²⁶, valore dicha prueba conforme a su libre apreciación judicial, sin que esta valoración pueda motivar la nulidad de la sentencia por defectos procesales²⁷.

6.- VALORACIÓN DE LAS PERICIALES POR EL ÓRGANO JUZGADOR DE INSTANCIA Y POSIBILIDADES DE REVISIÓN EN RECURSO

La apreciación de la prueba está basada en la libre apreciación judicial, que valorará la prueba pericial conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC). En punto a este concepto, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de diciembre de 2015, rec. 2006/2013,

²⁴ STSJ Galicia 24 abril 2000, rec. 2119/1997. En el caso de autos se impugnaba un alta médica por un trabajador, habiendo propuesto la mutua demandada una prueba pericial, que no le fue admitida en juicio. En el acta del juicio constaba literalmente: («SSª declara pertinente la prueba propuesta por las partes, acordando unir la documental aportada, excepto la pericial médica por manifestar la Mutua ser el perito empleado de la misma y estar así incurso en causa de recusación en los términos previstos en la LECiv. Por la Letrada desea hacer constar su protesta»). En fase de suplicación dicha recusación judicial fue considerada motivo de anulación del proceso.

²⁵ STSJ Cataluña 15 julio 2015, rec. 2631/2015.

²⁶ STSJ Cataluña 20 marzo 2015, rec. 279/2015.

²⁷ STSJ Cataluña 22 enero 2002, rec. 851/2001, STSJ Castilla La Mancha 26 septiembre 2001, rec. 87/2001 y STSJ Cataluña 27 febrero 2015, rec. 7015/2014. En el segundo pronunciamiento se explica con claridad meridiana: «eran causas legítimas de recusación de los peritos, entre otras, la de haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo. Tal pretensión carece de sentido en el procedimiento laboral, donde los peritos son propuestos por la propia parte que tiene interés en la práctica de dicha prueba, lo que comporta, de una u otra manera, una relación, o de dependencia, o de confianza, en la persona del técnico que se propone, y, además, también un cierto conocimiento del contenido de la pericia y de su favorabilidad a la postura mantenida en el litigio. Puesto que, en otro caso, obviamente, no sería propuesta, si su resultado fuera desfavorable al interés de la parte proponente. En definitiva, que, de aceptar la tesis del recurrente, todos los peritos serían recusables en lo laboral, dado que el pago de sus honorarios es exclusiva carga de la parte que lo propone y presenta al acto de juicio. Es decir, que existe, por mínima que sea, una relación de dependencia retributiva, respecto al cobro de los honorarios, del proponente, que invalidaría entonces toda actuación pericial, si se considerara acertada la postura mantenida por el recurrente al respecto. En definitiva, que la situación de quien se encuentre incorporado como facultativo, a la plantilla de una Mutua, e intervenga como perito a su propuesta, no es distinta de la del perito que es propuesto por cualquier otra parte. Todo ello, al margen de que, indudablemente, pueda ser resaltada dicha situación en trámite de alegaciones, al igual que el resto de circunstancias de los demás intervinientes en el pleito. En suma, que, en el proceso laboral, de acuerdo con el artículo 93 de la Ley Procesal Laboral, la práctica de dicha prueba tiene un fundamento distinto, al no serle aplicables las reglas generales sobre insaculación de los peritos. Y, por tanto, no serle tampoco de aplicación las que son inherentes a ese modo de designación, como es la posibilidad de recusar al que haya resultado elegido».

ha recogido su propia doctrina señalando que en la valoración de la prueba por medio de dictamen pericial se vulneran las reglas de la sana crítica:

«1º.- Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial. STS 17 de junio de 1.996 (RJ 1996, 5071) .

2º.- Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. STS 20 de mayo de 1.996 (RJ 1996, 3878) .

3º.- 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: STS 7 de enero de 1.991 (RJ 1991, 109) .

4º.- 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».

En cuanto a la valoración de la prueba pericial en relación con otros medios probatorios, como quiera que en todo pleito existen diversas pruebas, no puede considerarse siempre que la pericial tenga más valor. Se ha dicho, en una muy citada STS, Sala primera, 15 octubre 1998 (RJ 7851), “que debe de valorarse a través del conjunto de la prueba, ya que no existe una «regina probatorum», sobre todo en la prueba pericial cuando hay dictámenes distintos o contradictorios, como es el caso y cuando se ha valorado la situación de hecho del demandante en otras decisiones judiciales”. Y ya en el orden social, se ha señalado que para seleccionar entre las diferentes periciales: «la prueba pericial más apropiada es aquella que resulta mejor fundamentada y aporta mayores razones de ciencia , debiendo, por tanto, tenerse como prevalente, en principio, las conclusiones dotadas de superiores explicaciones racionales»²⁸.

En fase de recurso resulta difícil la impugnación de la prueba pericial, lo que ha sido reconocido tanto en el orden civil²⁹, como en el social. Respecto a éste último, la libre apreciación judicial de la prueba pericial, y los principios de inmediación y contradicción complican su aplicación como base de la revisión de los hechos declarados probados en el recurso de

²⁸ STSJ País Vasco 17 octubre 2000 (AS 2000, 3704).

²⁹ En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2010: «resulta, por un lado, de difícil impugnación la valoración de la prueba pericial, por cuanto dicho medio tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador sobre determinadas materias que, por la especificidad de las mismas, requieren unos conocimientos especializados de técnicos en tales materias y de los que, como norma general, carece el órgano enjuiciador, quedando atribuido a favor de Jueces y Tribunales, en cualquier caso 'valorar' el expresado medio probatorio conforme a las reglas de la "sana critica ", y, de otro lado, porque el artículo 348 de la LEC no contiene reglas de valoración tasadas que se puedan violar, por lo que al no encontrarse normas valorativas de este tipo de prueba en precepto legal alguno, ello implica atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana, ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador en cada caso para valorar estas pruebas será hacerlo en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar solo cuando el resultado judicial cuando este aparezca ilógico o disparatado».

suplicación, pues como es sabido, en fase de recurso de casación, no es posible una revisión sobre la base de prueba pericial.

La revisión en suplicación es difícil por varias razones. En primer lugar, porque siempre existen otras pruebas y, singularmente, periciales contradictorias. En segundo lugar, por el principio de valoración conjunta de la prueba que corresponde al órgano judicial de instancia en virtud de las facultades que le confiere el art. 97.2 LRJS y el art. 348 LEC, no estando obligado a sujetarse al parecer de ninguno de los peritos. La excepción al carácter discrecional de la apreciación judicial de las pruebas periciales sería la existencia de un error palmario, evidente y manifiesto en la elección del informe pericial. Pero ello no ocurre en la mayoría de casos, pues también es común aseverar en sentencias de suplicación que no es posible modificar el relato fáctico sobre la base de prueba documental o pericial ya examinada por el juzgador *a quo*³⁰.

De este modo, suele contestarse a la parte recurrente que no se evidencia error del órgano judicial, sino una distinta valoración de la prueba, donde la visión imparcial de aquel debe prevalecer sobre la subjetiva de las partes. Así, una frase repetida hasta la saciedad es que: «En los supuestos de dictámenes médicos contradictorios, debe respetarse el que haya servido de base a la resolución recurrida, es decir, el admitido como prevalente por el Juez *ad quo* a no ser que se demuestre palmariamente el error en que éste hubiera podido incurrir con la elección, por tener el postergado una mayor credibilidad, dada la categoría científica del facultativo que lo haya emitido o por gozar de mayor fuerza de convicción y acredite, en todo caso, el error judicial de modo irrefutable y manifiesto»³¹.

En el caso de una valoración judicial errónea del peritaje inducida por la falsedad del perito, han de aplicarse algunas reglas generales. Así, en el caso de los peritos que falten a la verdad, se aplican similares consecuencias que para los testigos (arts. 458 a 462). Concretamente, la falsa pericia se encuentra tipificada en el art. 459 del Código penal. El examen de los repertorios judiciales del orden penal evidencia que los casos de peritos condenados por falsa pericia son excepcionales, pues se requiere una clara conducta maliciosa del perito, no bastando la equivocación, ni el contraste con otros dictámenes periciales que evidencia la incerteza del peritaje³².

³⁰ Por todas, STS 11 octubre 1990, RJ 1990\7547.

³¹ SSTs 24 noviembre 1986, RJ 6713 y 18 julio 1989, RJ 5876.

³² Según ha establecido el TS, Sala de lo Penal, en sentencia 26 noviembre 2008, rec. cas. 1422/2008: «El tipo delictivo del art. 459 C.P. tutela un bien jurídico general cual es la correcta Administración de Justicia, y del mismo modo que en el art. 458 con los testigos, en éste se persigue garantizar la fidelidad del dictamen del perito como elemento de relevancia que coadyuva a dictar una sentencia justa. El elemento objetivo del injusto consiste en faltar a la verdad en el dictamen, es decir, que el contenido del mismo sea contrario a la realidad. El elemento subjetivo exige que la actuación del perito sea "maliciosa", o sea, que el dictamen sea

En el caso de que se evidenciare que un perito ha incurrido en falsedad, cabría la revisión de la sentencia en los estrictos términos del art. 510.1.3º de la LEC, que exige que la sentencia hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

7.- LAS PERICIALES MÉDICAS, EN PARTICULAR DE FACULTATIVOS FORENSES

En los procedimientos judiciales de reconocimiento de un grado de minusvalía o en los de prestaciones de incapacidad, es muy frecuente que la litis verse sobre la exacta determinación de la aptitud psicofísica de un sujeto o su proyección sobre sus facultades laborales. La aportación de informes del órgano administrativo dependiente de la comunidad autónoma o de la entidad gestora, así como los informes de médicos públicos o privados suelen incurrir en contradicción, lo que obliga al juzgador/a a seleccionar sus elementos de convicción. Sin embargo, los informes de medicina privada, cuando además conllevan su ratificación en acto de juicio, suelen implicar un desembolso monetario que no siempre es posible para los beneficiarios, o bien, tiene un carácter poco objetivo. De este modo, la pericial del médico forense es extraordinariamente relevante si se carece de medios económicos. Pero también, si se ha recurrido al dictamen de facultativos de parte, previa contratación de los servicios de los mismos, pero cuyas conclusiones podrían quedar reforzadas si fueran en el mismo sentido que las del facultativo forense. En definitiva, esta pericial pública tiene gran importancia en el proceso laboral, de ahí que sea mencionada específicamente, en la norma procesal.

Se puede proponer de oficio o a instancia de parte, debiendo en este caso decidir el órgano judicial si accede a la misma o no, conforme a lo previsto en el art. 93.2 LRJS, que establece que: «El órgano judicial, de oficio o a petición de parte, podrá requerir la intervención de un médico forense...». La realidad forense evidencia que hay algunos juzgados de lo social donde se accede siempre que se pide, y en otros, donde no. La LRJS pareció que querer delimitar los casos en que se podrá acordar esta intervención, pero el objetivo se ve traicionado porque la norma vigente sigue recurriendo a conceptos indeterminados como la «necesidad de su intervención en función de las circunstancias particulares del caso, de la especialidad, requerida, a la vista de los reconocimientos e informes que constaren previamente en las actuaciones». Lo cierto es que la

dolosamente emitido, conscientemente falso». En el mismo sentido, vid. SSTS, Sala Penal, 18 febrero 20109, rec. cas. 638/2008 y 29 octubre 2013, rec. cas. 273/2013.

LRJS perdió la oportunidad de diferenciar en la redacción del art. 93.2 la intervención del médico forense, de la asistencia pericial gratuita regulada en la Ley 1/1996 y en el RD 996/2003, de 35 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. Ello no ha dejado de suscitar interrogantes, como en particular, si es una facultad discrecional del juez o si, por el contrario, puede ser invocado como un derecho de los beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita, teniendo en consideración que los trabajadores y titulares de prestaciones de la Seguridad Social ostentan *ope legis* tal beneficio de gratuidad. Se trataría de una presunción *iuris et de iure* de pobreza, un trato de favor o discriminación positiva que el Legislador otorga a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social (Virolés Piñol, 2011) que, no se reputó inconstitucional, según dictaminó tempranamente nuestro Tribunal Constitucional³³.

De entrada, la pericial del médico forense en palabras del Tribunal Supremo es una facultad discrecional del órgano judicial, pero no totalmente. Ello parece un contrasentido que requiere de cierta explicación. Al respecto, el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de septiembre 2005, rcud. 2565/2004, en relación con la posibilidad del juez de practicar esa prueba entendió que: "La simple lectura del precepto podría llevar al ánimo del intérprete la idea de que la decisión sobre la práctica de esta prueba es una facultad discrecional del Juez en cuanto dice que éste 'podrá' requerir la intervención de un médico forense, sin necesidad de manifestar las razones de su rechazo, pero esa conclusión no es la que mejor cuadra a la finalidad de la norma y a la de otras de nuestro ordenamiento positivo".

Esta sentencia versaba sobre un caso en el que una trabajadora agrícola, que pedía el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta, o subsidiariamente total, y como sustento probatorio de dichas peticiones, la pericial del médico forense aduciendo en la demanda insuficiencia de recursos. El Juzgado de lo Social declaró no haber lugar a la prueba pericial propuesta, «sin perjuicio de acordarse como diligencia final si se considerase necesaria». En el acto de juicio, la parte actora reiteró la petición de la práctica de la prueba pericial interesada en la demanda como diligencia para mejor proveer para el caso de su inadmisión. La parte actora causó una protesta en el juicio frente a la inadmisión en el acto de la vista, sin que el Juzgado acordara su práctica, ni dictara resolución alguna al respecto. Frente a la protesta en el juicio, en la sentencia el juzgador venía a razonar que la intervención del médico forense era discrecional y que la parte actora no había acreditado esa insuficiencia de recursos. La parte actora interpuso recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, solicitando que se declarase la nulidad de actuaciones, dada la indefensión en que se le situó al denegar la práctica de la prueba pericial solicitada. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con

³³ Por todas, STC núm. 114/1983, de 6 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico II.2 se lee: «la presencia de presunciones legales de riqueza y pobreza, respectivamente, que de manera razonable se basan en la comprobada situación material de dichas partes –empresario y trabajador- y en la diferencia sustancial que manifiestan, que está plenamente justificada por regla general».

sede en Santa Cruz de Tenerife, de 22 de abril de 2004, desestimó el recurso de suplicación. Contra esta sentencia se interpuso por la demandante, recurso de casación para la unificación de doctrina, señalando para el contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 14 de septiembre de 1999, que sí declaró la nulidad de actuaciones. El Tribunal Supremo ratificó la posición de la sentencia de contraste, considerando que no se había razonado el rechazo de la prueba y declaró la nulidad de actuaciones desde la citación al juicio.

El juez puede rechazar la intervención del médico forense, por ejemplo, si se siente suficientemente ilustrado sobre unos hechos. La discrecionalidad judicial está limitada en un triple sentido, por un parte, se exige siempre la correspondiente motivación para el rechazo judicial de la intervención del médico forense; en segundo lugar, esta libertad queda matizada cuando el beneficiario goce del beneficio de justicia gratuita y cabe revisión por el órgano *ad quem*. Este margen de decisión es una manifestación concreta de la soberanía que el Legislador atribuye al órgano judicial de instancia sobre la admisión, práctica y valoración de la prueba en el proceso jurisdiccional social. En todo caso, de acordarse su práctica, dicha prueba pericial ha de ser sometida a la posibilidad de contradicción por las partes. Por consiguiente, puede ser motivo de nulidad de actuaciones la falta de trámite de alegaciones sobre un informe del médico forense emitido en diligencias para mejor proveer³⁴.

Sin embargo, esta sentencia del Tribunal Supremo de 2005, no despejó totalmente la cuestión de si la decisión de solicitar dictamen del médico forense era una facultad del juzgador a la que podía negarse siempre que lo pidiera un letrado de oficio. Los trabajadores y los beneficiarios de prestaciones de seguridad social tienen, *ope legis* el beneficio de gratuidad, pero no estaba claro que todos los que ostentasen dicho beneficio tuvieran el derecho subjetivo a la pericial del médico forense. Al respecto, una STS de unificación de doctrina 7 febrero 2007, rcud. 2450/2005 señala expresamente que no puede confundirse la intervención del médico forense, que es una decisión discrecional del juzgador, con la designación del perito que resulte adecuado en cada caso, prevista en el art. 6.6 Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, en el que no se prevé la designación de un Médico Forense, sino la del perito y ha de pedirse a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. En esta posición, hay también algunas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, que vienen a señalar: «una cosa es, pues, que por ministerio de la ley se tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita para la defensa en juicio, independientemente de los medios de fortuna personal, y otra la prueba pericial gratuita, que exige acreditar la carencia de medios económicos y que conforme al art. 6.6 no alcanza, *per se*, a todos los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, sino solo a aquellos que acrediten una insuficiencia material de medios económicos»³⁵.

³⁴ STS 15 abril 2003, rcud. 2276/2002.

³⁵ STSJ Madrid 20 noviembre 2001, rec. 1563/2001.

No obstante, en doctrina judicial de suplicación de otras Salas de lo Social³⁶, se está haciendo una interpretación parcialmente distinta, entendiendo que si el justiciable tiene el beneficio de justicia gratuita, goza *per se* del derecho a la intervención del médico forense, sin que se reserve a los sujetos que tengan acreditada una insuficiencia patrimonial y la denegación de este derecho vulnera el derecho de defensa. La raíz del problema es que el art. 339.1 LEC establece que podrá pedirse la designación judicial de un perito si se tiene el beneficio de asistencia jurídica gratuita. En muchos Tribunales Superiores de Justicia se parte de la base de que el art. 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita establece que forma parte del contenido material de tal derecho la asistencia pericial gratuita, y que dicho precepto prevé la designación de un perito dependiente de los órganos judiciales –que habitualmente será un médico forense- o bien una pericial objetiva por un funcionario u organismo dependiente de las Administraciones pública. Conforme a esta posición sostenida en doctrina judicial de suplicación habría dos supuestos:

- los de los que tienen el beneficio de justicia gratuita, donde el juez debería acceder a que interviniese el médico forense u otro funcionario, y si no se accediese de forma inmotivada, la parte podría oponer la correspondiente protesta.
- el resto de casos, donde sería facultativo para el juzgador.

En relación con el peritaje de quienes tienen el beneficio de justicia gratuita, ha de precisarse que el peritaje no puede entenderse cubierto con los informes de los servicios públicos de salud que obran en el expediente³⁷. Aunque alguna sentencia señala que sí pueden ser una vía para obtener periciales gratuitas³⁸, ello no es compatible, pues no suelen ser exploraciones elaboradas *ad hoc* para su valoración como prueba en un juicio determinado. Ello no obsta para que los informes de facultativos de servicios públicos de salud suelen ser valorados por los órganos judiciales por el carácter presumiblemente objetivo de quienes los emiten.

Esta misma valoración se ha trasladado a otros entes. Así, en alguna sentencia se ha incidido en que la composición de las unidades de valoración de incapacidades hace presuponer

³⁶ Entre otras, STSJ de Castilla la Mancha (Sala de lo Social) núm. 440/2006 de 14 marzo; STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª), rec. supl. 1515 /14, de 25 noviembre de 2014; STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1685/2009 de 18 noviembre y STSJ de Extremadura, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 419/2006 de 15 junio.

³⁷ STSJ Castilla y León, Valladolid, 10 noviembre 2014 (JUR 2015, 31294).

³⁸ En la STSJ de Cataluña 9 marzo 2010, rec. 2019/2009, se señala: «...no resulta antinómico sino más bien lógico, como dos etapas de un mismo proceso deductivo e interpretativo de los hechos juzgados, señalar que el derecho a asistencia pericial gratuita es sin duda el derecho a solicitar la intervención del forense ante el juzgador de lo social (fase primera), pero no es menos cierto que es el juzgador el que podrá, y por tanto discrecionalmente decidirá, admitir o no la práctica de dicha prueba (segunda fase), siendo posible que no la admita si entiende que ya dispone de elementos probatorios suficientes para formar su convicción. Al margen de ello, es claro que la pericial de forense no es la única prueba de la que puede valerse quien goce del beneficio de justicia gratuita, pues puede acudir a la sanidad pública para pedir un informe gratuito sobre su estado de salud».

su carácter objetivo³⁹. Y alguna sentencia ha reconocido el carácter imparcial de los dictámenes de los facultativos del ministerio de sanidad u órganos equivalentes de las comunidades autónomas. En los casos de periciales privadas, en la valoración de una prueba, el mayor rigor científico puede derivarse de un seguimiento habitual del paciente y del proceso de su dolencia⁴⁰, o de que quien siguió la patología era jefe/a de servicio de una especialidad médica⁴¹.

8.- LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE DETERMINADAS PERICIALES QUE PUDIERAN VULNERAR DERECHOS FUNDAMENTALES

Una de las novedades introducidas en la LRJS fue la autorización judicial de determinados medios de prueba que pudieran vulnerar derechos fundamentales en los arts. 90.4 y 90.5. En el primer precepto, se prevé la posibilidad de autorización judicial de determinadas pruebas sensibles que puedan afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental. Podría ser el supuesto de una reproducción de unas cámaras no debidamente informadas, el registro de archivos personales en un ordenador, la grabación de conversaciones, etc. En muchos casos este tipo de pruebas requieren una pericial instrumental que garantice la autenticidad de la información obtenida, la ausencia de manipulación, etc.

En el orden social, la autorización judicial previa de pruebas que puedan implicar vulneración de derechos fundamentales, ha sido infrutilizada en la práctica. El hecho de que muchas actuaciones empresariales sean previas a un proceso judicial contribuye a que muchas de las medidas de vigilancia se realicen sin ningún tipo de autorización judicial. Y ello pese a que las

³⁹ STSJ Cataluña 11/01/2011 (JUR 2011, 149609). En dicha sentencia se señala respecto a la valoración del dictamen UVAMI: «El argumento de la Juzgadora de instancia sobre los hechos que dan origen a la estimación de una invalidez permanente total –haciendo caso omiso a la sentencia de esta Sala y del dictamen de la EVI– es que la prueba pericial es de mayor rigor frente al informe de la UVMI, y cuya base es que ha sido practicada bajo los principios de inmediación y contradicción. En cuanto a la contradicción es un principio sin el cumplimiento del cual el proceso no existirá como tal («audiatur et altera pars») y en lo referente a la inmediación, se evidencia que el juicio oral es, en esencia, básico de la inmediatez. Pero debemos de fijarnos en la expresión de mayor rigor, sin que se explique en qué se ha basado la Juzgadora para dar mayor eficacia a la prueba pericial que al dictamen de la Comisión de Evaluación de Incapacidades desarrollada por el RD 1300/1995, de 21 de julio. En esta Comisión está formada por un Médico Inspector, un Facultativo Médico, un Inspector de Trabajo y un funcionario que ejerce las funciones de Secretario (art. 2.3 del citado RD) y, en su caso, un experto en recuperación, rehabilitación o seguridad e higiene en el trabajo. De tal suerte que no puede dudarse de la profesionalidad, objetividad y eficacia de la Comisión de Evaluación de Incapacidades que, además, tiene a la vista el dictamen Médico emitido por la Unidad de Valoración Médica. El TS en sentencias de 29 de abril y 23 de noviembre de 1994, 24 de marzo de 1995 y 18 de marzo de 1997, ha dicho que «una constante jurisprudencia ha venido subrayando que los dictámenes procedentes de órganos o departamentos especializados del M^o de Sanidad y Consumo –u órganos equivalentes de la Comunidad Autónoma– ofrecen garantías de imparcialidad y competencia que no los sujetan de modo estricto a las reglas propias de otras pruebas periciales».

⁴⁰ STSJ Cataluña 11 diciembre 2002, rec. 3308/2002.

⁴¹ STSJ Islas Baleares 12 julio 2011, rec. 105/2011.

posibilidades de vulneración de derechos fundamentales se han incrementado notablemente con sistemas de vigilancia electrónica en los puestos de trabajo. Ciertamente, una autorización judicial de toda medida que fuera más allá del marco previsto en la Ley Orgánica de Protección de Datos, sin duda ofrecería una mayor seguridad jurídica, pero ello a cambio de judicializar y sobrecargar a la Administración de Justicia. Lo cierto es que sentencias como la del TEDH en el caso López Ribalda (STEDH 17 octubre 2019) potencian esta infrutilización del sistema de autorización judicial de pruebas que puedan vulnerar derechos fundamentales, al validar la interpretación de los tribunales españoles de permitir vigilancias empresariales ocultas en base a sospechas empresariales fundadas de la comisión de actos ilícitos, pero sobre todo al admitir que las pruebas obtenidas por sus propios medios por los sujetos privados, puedan superar el test de proporcionalidad. De hecho, el interesantísimo voto particular de la sentencia López Ribalda incide precisamente en que este análisis sobre la base del caso concreto no contribuye a crear un marco seguro y previsible frente a los daños a la privacidad que la tecnología puede multiplicar⁴².

⁴² El voto particular de la STEDH López Ribalda que aboga por un sistema menos intrusivo de vigilancia empresarial y crítica que con la posición mayoritaria se está animando a las empresas a resolver esto en sus propias manos. Así, se señala: «*The national courts had to consider which alternative measures could have been used by the employer to pursue its legitimate aim – measures which would simultaneously have had a less invasive impact on the employees' right to respect for their private life. The employer had two legitimate aims: firstly, it wanted to stop further theft, for which purpose a warning about the installed video-surveillance system would have been sufficient. Secondly, it wanted to find out who was responsible for the losses it had sustained over the past months; here, prior notice of the visible and covert video-surveillance would not have proven useful. Nevertheless, since the theft committed was a criminal offence, the employer could have, and should have, gone to the police prior to taking such measures on its own initiative. The need to elucidate an offence does not justify private investigation, including in the form of covert video-surveillance, which amounts to an excessively intrusive measure and an abuse of power. By not condemning such behaviour committed by private parties, the Court is encouraging individuals to take legal matters into their own hands*».

Se critica acertadamente la diferenciación entre ligeras sospechas, que no legitimarían el uso de videovigilancia encubierta y sospechas razonables. Serían conceptos inseguros, que unidos a la falta de salvaguardas claras, podrían provocar amplias lesiones de la privacidad. Se tiene en cuenta también que, en el caso de las sospechas razonables en el ámbito penal, hay mayores garantías.

«*In our view, in the absence of a requirement of clear procedural safeguards, the existence of “reasonable suspicion of serious misconduct” is not sufficient as it may result in private investigations and might be used as justification in an unacceptably large number of cases. While, in principle, the requirement of “reasonable suspicion” is an important safeguard, it is not sufficient to protect privacy rights when faced with electronic surveillance of a covert nature. Under circumstances such as those in the present case, where an employer uses covert video-surveillance without giving prior warning to its employees, there is a need for additional procedural safeguards; similar to those required under the Convention in the use of secret surveillance in criminal proceedings. Procedural requirements allowing for a reliable verification, by a third party, of the existence of a “reasonable suspicion of serious misconduct”, and guarantees against the justification for the surveillance being given “after the fact”, should be a requirement under Article 8 of the Convention. It is only with the implementation of these procedural safeguards that we could readily accept the majority’s judgment*».

Concluye el voto particular con una crítica a los tribunales nacionales y al TEDH que no han establecido seguridad jurídica. El tribunal se viene a decir ha permitido un uso ilimitado de la videovigilancia encubierta sin establecer suficientes salvaguardas, permitiendo tomarse la justicia por su mano a los particulares.

Se señala que la única garantía que existía en la legislación española era la de informar previamente al tratamiento de datos, que no admitía excepciones.

Aunque teóricamente una autorización judicial al amparo del art. 76.4 y 90.4 y 5 LRJS de una prueba pericial instrumental que vaya más allá del marco normativo de vigilancia empresarial, por ejemplo, vigilancias ocultas, no informadas, permitiría tutelar mejor los derechos fundamentales y solventar los problemas apuntados, ello no se aplica en la práctica. Es más, en doctrina de suplicación se duda de que pudiera haber una pretensión empresarial que buscara el garantismo solicitando por ejemplo, autorización judicial previa a la instalación de las cámaras sin conocimiento de los trabajadores afectados⁴³. Y ello pese a la minuciosidad de lo previsto en los arts. 76.4, 90.4, 6 y 7 LRJS y reconocer algún ponente del Tribunal Supremo que estos preceptos se habían establecido en dicho sentido⁴⁴.

En el caso de las pruebas periciales médicas o psicológicas, interesa resaltar específicamente la autorización judicial prevista en el art. 90.5 LRJS que permite dar cobertura legal a difícil decisión del juzgador cuando en procesos de acoso moral o sexual, o por daños o perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la parte demandada-interesa en uso legítimo de su derecho de prueba-, el examen médico o psicológico del demandante, la cual afecta a su derecho fundamental a la intimidad. La norma viabiliza la exploración, pero con tres garantías: la reserva de confidencialidad, el uso exclusivamente procesal, que el interesado pueda acompañarse del especialista de su elección y la posibilidad de exigir copia del resultado. Esta última exigencia intenta evitar la tendenciosidad de que sólo una parte sea concedora de las conclusiones de la pericial.

Además, la LRJS prevé cuándo no es necesaria esta autorización recogiendo una conocida doctrina contenida en una STC sobre una trabajadora de Iberia a la que se le detectó consumo de cannabis en un reconocimiento médico (STC 196/2004, de 15 de noviembre). En concreto, no será necesaria la autorización judicial si la actuación viniera exigida por las normas de prevención de riesgos laborales, por la gestión o colaboración en la gestión de Seguridad Social, por la específica normativa profesional aplicable, o por norma legal o convencional aplicable en la materia (art. 90.5 LRJS). Ahora bien, ha de precisarse que no cualquier previsión convencional de reconocimientos médicos permite que se dé validez a pruebas médicas y psicológicas

⁴³ Vid. STSJ Madrid 9 febrero 2015, rec. 886/2014 y STSJ Islas Canarias, Las Palmas, 22 diciembre 2016, rec. 1026/2016.

⁴⁴ Vid. STS 13 mayo 2014, rcud. 1685/2013, ponente Fernando Salinas Molina, que fue uno de los participantes en el Anteproyecto de la LRJS y que, en dicha sentencia, aludía a las posibilidades de intervención judicial introducidas en la mencionada ley como solución legislativa a los problemas planteados.

realizadas sin las debidas garantías⁴⁵, por ejemplo, las previsiones convencionales sobre control de las incapacidades temporales.

9.- LAS PERICIALES INFORMÁTICAS O ELECTRÓNICAS

Las periciales informáticas o electrónicas están adquiriendo cada vez mayor protagonismo. Sin embargo, no están reguladas específicamente en el orden social. La autorización judicial previa de registros que pueden lesionar derechos fundamentales no se utiliza en la práctica. De esta manera, la interpretación judicial es la que, en una valoración *ad causum*, da validez a la prueba pericial realizada sobre un dispositivo. Al respecto, se cuenta sólo con doctrina que ha excluido la regulación del registro de taquillas a los efectos del registro del ordenador u otros ordenadores puestos a disposición, pero sin aclarar otras cuestiones. No existe un procedimiento claro sobre cómo formular las periciales de registros técnicos sobre determinados dispositivos tecnológicos. Entre las cuestiones más dudosas, están las de cómo realizar la cadena de custodia para garantizar que no ha habido manipulaciones, si se exige o no la intervención notarial⁴⁶, la puesta a disposición de la información obtenida, las garantías de confidencialidad y el derecho de información de la otra parte, donde como se ha expuesto más arriba, la autorización judicial *ex ante* brilla por su ausencia.

Pero además han existido dudas sobre qué parte tiene la carga de probar la idoneidad de una prueba electrónica mediante la correspondiente pericial. En estos casos, las periciales suelen actuar como garantía de la autoría, o autenticidad de los mensajes. Y respecto a esta cuestión se producen variaciones entre la jurisprudencia de la Sala Cuarta y de otras Salas del Tribunal Supremo. Así, en la STS 19 mayo 2015, la Sala de lo Penal del Alto Tribunal determinó en un caso de abusos sexuales a menores donde se aportó como prueba de dichos abusos, pantallazos de *whatsapp* entre el presunto acosador y la víctima, que debía existir una posición de cautela respecto a este tipo de pruebas, por la posible manipulación de archivos, problemas de anonimato y falta de acreditación de la autoría; por lo que en estos casos la prueba pericial era una base esencial para la parte que quisiera aprovechar la idoneidad de la prueba a los efectos de fijar la identidad subjetiva y la integridad del contenido de los mensajes. Sin embargo, si bien la

⁴⁵ A título de ejemplo, en la STSJ País Vasco 6 julio 2004, rec. 1232/2004, se sometió a una trabajadora a un reconocimiento médico y a una entrevista a una trabajadora por un médico cuyo trabajo fue encargado por el empresario, realizando preguntas sobre temas personales de carácter sexual y desenvolvimiento de la persona en determinados ámbitos y negándose el facultativo a entregar informe a la paciente.

⁴⁶ Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo no ha privado de validez a un registro informático, por la falta de custodia del ordenador por un notario. Un exponente es el caso de la STS 8 febrero 2018, rcud. 1121/2015, sobre el hallazgo de fotocopias de unas transferencias irregulares, que provocó un registro del ordenador y el despido de un trabajador. El TS señaló que, aunque fuera conveniente la presencia de un notario o del trabajador sancionado o sus representantes, la falta de ésta no privaba de validez a la pericial informática de registro.

jurisprudencia penal ha establecido con claridad que resulta necesaria una prueba pericial en el orden penal en los casos en que una prueba digital es impugnada por la parte contraria, esta doctrina no tiene un exacto traslado al orden social. La razón es que en el orden social cada parte ha de probar la certeza de los hechos que alega y determinados preceptos de la LEC refuerzan esta posibilidad dual que tienen ambas partes⁴⁷. Si bien ello puede ser perfectamente razonable, presenta la desventaja de forzar a realizar un desembolso económico para practicar periciales a los dos partes del proceso, que conduce en no pocas ocasiones, a que las partes con menos recursos económicos renuncien a las mismas o que deban realizar la petición a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y acreditar la insuficiencia de medios.

Por consiguiente, las periciales tecnológicas plantean no poca conflictividad jurídica en cuestiones tales como la forma correcta de realizar una pericial, cómo cuestionar debidamente una prueba pericial presentada de contrario, o, simplemente, qué parte ha de aportar una pericial de refuerzo de su tesis probatoria cuando un medio de prueba es impugnado en cuanto a su fiabilidad. El hecho de que en el orden social se aporten las pruebas directamente al acto del juicio, en base a los principios de concentración y celeridad, pueden comportar cierto elemento de sorpresa e imprevisión, que, si bien puede tener ventajas para garantizar la verdad material y evitar el retraso en la solución de los pleitos, también plantea algunos inconvenientes. Por otra parte, el principio de valoración judicial de la prueba, a partir de las pruebas periciales aportadas a cada parte, refuerza la tesis de que lo aconsejable es que por ejemplo la parte que aporte una prueba tecnológica afiance tempestivamente su valor probatorio mediante la correspondiente pericial, y la parte que pretenda cuestionar dicha prueba –previando que la otra la aportará en juicio- presente a su vez otra pericial. En todo caso, se trata de una cuestión que está planteando no poca inseguridad jurídica y que es valorado casuísticamente. La digitalización está incrementando los problemas de muchas periciales no sólo médicas, sino de carácter informático que requieren un importante desembolso económico de las partes para remunerar a los peritos. La falta de medios técnicos de apoyo a la justicia provoca una relativización del principio de gratuidad. Aunque los trabajadores y beneficiarios del sistema de seguridad social gozan *ope legis* del beneficio de justicia gratuita, la designación de un perito gratuito exige una solicitud específica a la comisión de asistente jurídica gratuita y la acreditación de la insuficiencia de medios.

⁴⁷ El art. 382.2 LEC establece la posibilidad de aportar dictámenes y medios de prueba al aportar pruebas de reproducción de la palabra, imagen y sonido que el proponente estime convenientes, y en términos similares a las partes que cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido. El art. 384 LEC en relación con los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso, prevé que serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga. El art. 384 se remite al art. 382 de la LEC en cuanto a la posibilidad de presentar pruebas instrumentales.

A los problemas anteriores cabe sumar otros derivados de la cadena de custodia y la dificultad de plantear periciales de parte. La digitalización de buena parte de las relaciones laborales, ha multiplicado el uso de dispositivos tecnológicos (ordenador, teléfono, *wereables*, etc.) y en muchos casos, éstos no se encuentran en poder de la parte que quiere pedir la prueba. Un buen ejemplo de los problemas que se plantearán cada vez con mayor frecuencia son los relativos a la impugnación de decisiones semiautomatizadas mediante algoritmos protegidos por propiedad intelectual, por ejemplo, en casos de ascensos o discriminaciones retributivas en el ámbito de la empresa o de la actuación de las administraciones públicas en materia inspectora⁴⁸. El marco legal comunitario prohíbe decisiones absolutamente automatizadas, sin intervención humana y garantiza el derecho de los interesados a un tratamiento leal y transparente de los datos utilizados en decisiones automatizadas (art. 22 RGPD) pero fuera de esta cuestión se abren multitud de problemas para la tutela de un trabajador o beneficiario, como quién ha de afrontar el coste de una pericial sobre un sistema algorítmico, cómo habilitar la posibilidad de que el órgano judicial pueda permitir pericial sobre un sistema algorítmico y el establecimiento de garantías para proteger la propiedad intelectual del sistema cuando la lógica informática o el algoritmo está protegido por patentes, secretos industriales, etc.). Ciertamente, el sistema de designación judicial de peritos previsto en la norma forense civil podría ser un recurso para solventar en parte estas cuestiones, pero ocurre que el sistema de designación judicial de un perito ha sido infrutilizado en la práctica en el orden social, hasta el punto de ser prácticamente anecdótico. En estos casos, la existencia de un cuerpo técnico de peritos informáticos y la designación judicial de estos peritos, al estilo de lo que ocurre con los médicos forenses, sería una posibilidad muy interesante.

10.- LA PERICIAL CALIGRÁFICA

La pericial caligráfica se ha utilizado esencialmente como instrumento para reforzar documentos o determinadas manifestaciones de expresión, como pintadas⁴⁹, cuando su autenticidad ha sido impugnada (art. 326.2 LEC). En relación con la prueba pericial caligráfica, se aplica la regulación prevista en los arts. 349 y 350 LEC. Esencialmente, si una parte se muestra disconforme con las conclusiones aportadas por dicha prueba, debe solicitar actividad probatoria, previa impugnación del documento, realizando su propia pericial caligráfica o proponer el cotejo de letras conforme al art. 349 de la LEC. Obviamente no es de recibo argumentar la prueba

⁴⁸ Todolí (2020) analiza varios casos de utilización de algoritmos en el ámbito social, entre otros, la Sentencia del Tribunal de distrito de La Haya (Rechtbank Den Haag) en los Países Bajos, de fecha 5 de febrero de 2020 (ECLI:NL: RBDHA: 2020:865), que declara ilícito el uso de un algoritmo para establecer probabilidades de incumplimiento de ciudadanos que perciben prestaciones de la Seguridad Social

⁴⁹ Vid. por ejemplo, STSJ Cataluña 12 abril 2007, rec. 9223/2006, donde fueron tenidas en cuenta para valorar la autoría de unas pintadas aparecidas en la fachada de un centro con insultos al empresario.

negativa, es decir, que los hechos estimados como probados por el o la juzgadora *a quo*, no lo fueron suficientemente⁵⁰ o limitarse a cuestionar la pericial practicada de contrario⁵¹.

Cuando se alegue una falsedad documental, la vía que cabe seguir es la prevista en el art. 86.2 LRJS, sin que esta vía pueda ser sorteada y alterada por el cauce de presentar una pericial caligráfica en el recurso de suplicación⁵², y ello por cuanto, además, el art. 233 LRJS, permite la aportación excepcional de documentos nuevos, no de pruebas periciales. Recuérdese que la pericial caligráfica puede interrumpir la prescripción de una sanción disciplinaria⁵³.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (coord. M.T. Vicente Herrero y P. Moreno Torres) (2012). *La prueba pericial médica en el ámbito de lo Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Alfonso Mellado, C.L. (2002) La vista oral y la prueba en el proceso social tras la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Tribuna Social* (135).

Balagué Doménech, J.C. (2018). *La prueba pericial contable en las jurisdicciones civil, penal, contencioso administrativa y laboral*. Madrid: Bosch, Wolters Kluwer. 7 ° ed.

Gómez Esteban, J. (2020). Juicios telemáticos en el orden jurisdiccional social ¿utopía trasformada en realidad apresurada?. Diario La Ley. 16-6-2020. Recuperable: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/06/22/juicios-telematicos-en-el-orden-jurisdiccional-social-utopia-transformada-en-realidad-apresurada>.

González Lage, J. (2017). “La prueba pericial en la práctica judicial penal: las redes en el proceso penal”. En AA.VV. (coord. C. DE MIRAND VÁZQUEZ Y J. PICÓ I JUNOY). *Peritaje y prueba pericial*. Madrid: Bosch, pp. 563-569

Molins García-Atance, J.

(2005). *El recurso de suplicación. La revisión de hechos probados*. Cizur Menor, Aranzadi. Versión digital. Disponible en base de datos Aranzadi.

(2018). La responsabilidad civil del empresario derivada de un accidente de trabajo. *Revista Española de Derecho del Trabajo* (214). Versión digital. Disponible *on line*.

Ollé Sesé, V. (2016). Procedimiento ordinario. En AA.VV. *Practicum proceso laboral 2016*. Lex Nova. Versión digital.

Orellana De Castro, R. (2020). *Aspectos conflictivos de la prueba pericial. Especial atención a la pericial caligráfica*. Madrid: Wolters Kluwer.

⁵⁰ STSJ Islas Canarias, Las Palmas, 30 junio 2016, rec. 348/2016.

⁵¹ STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 30 junio 2015, rec. 585/2014

⁵² STSJ Cataluña 29 junio 2011, rec. 4430/2010.

⁵³ STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 30 enero 2015, rec. 585/2014 y SJS núm. 2 Ponferrada 4 febrero 2020, procedimiento 322/2019.

- Richard González, M. (2017). La investigación y prueba de hechos y dispositivos electrónicos. *Revista General de Derecho procesal* (43).
- Segalés, J. (2002). *La prueba en el proceso laboral tras la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Comares, Granada.
- Todoñí Signes, A. (2020). Retos legales del uso del big data en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. *Revista gallega de administración pública (REGAP)*. (59). Recuperable en <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/view/4354/6453>
- Vigo Serralvo, F. (2020). La asistencia pericial médico forense en el proceso jurisdiccional de Seguridad Social en materia prestacional ¿Discrecionalidad judicial o derecho del beneficiario? *Revista Española de Derecho del Trabajo* (227). Disponible en versión digital en base de datos Aranzadi.
- Viroles Piñol, R. M. (2011). Cuestiones prácticas. *Actum Social* (48). Enero/febrero. Accesible en: <https://blog.efl.es/articulo-doctrinal/beneficio-de-justicia-gratuita-en-el-proceso-laboral-cuestiones-practicas/>