

INTRODUCCIÓN

La prueba ha sido una institución que ha despertado un gran interés, al igual que una gran preocupación, entre nuestra doctrina científica. Partiendo de esta premisa, en la actualidad resulta de sumo interés el estudio de la misma, por la gran importancia que ha tenido en nuestro sistema procesal, por una parte, la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa; y, por otra, la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que han introducido cambios de especial trascendencia en materia probatoria.

La aplicación de la norma procesal civil al proceso contencioso-administrativo resulta obligada, de un lado, por la remisión directa que la LJCA hace en su art. 60.4 a las normas generales de la LEC en cuanto a la práctica de la prueba, y, de otro, por la aplicación supletoria de la LEC al orden jurisdiccional contencioso-administrativo en lo que no esté expresamente regulado en sus propias normas, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la LJCA.

La LEC 1/2000 ha introducido cambios sustanciales en materia probatoria que van a suscitar una serie de dificultades en su aplicación al proceso administrativo, lo que requerirá una importante labor interpretativa al objeto de conseguir una correcta articulación entre estos dos ordenes jurisdiccionales.

Ante la extensión que supondría el estudio de todos y cada uno de los medios de prueba que se contemplan en la LEC de 2000 y su práctica en el proceso administrativo, hemos optado por centrar nuestro estudio en la prueba pericial (ahora denominada dictamen de peritos en la LEC/2000) habida cuenta de la novedosa regulación que de la misma hace la LEC, que como ya se expuso anteriormente, es de aplicación al proceso administrativo.

Una vez sentado lo anterior, para el examen de un concreto medio probatorio, como es la prueba pericial, en un determinado orden jurisdiccional cual es el contencioso-administrativo, es preciso comenzar con un somero estudio de la institución de la prueba en el referido orden jurisdiccional, partiendo de dos aspectos que son de obligada referencia, a saber, la concepción de la jurisdicción conten-

cioso-administrativa como revisora; y, la importancia que se otorgaba al expediente administrativo.

El proceso administrativo arrastró durante mucho tiempo el lastre de su concepción como una segunda instancia “quasi casacional”, en la que los órganos especializados de este orden jurisdiccional *revisaban* la legalidad de los actos adoptados por otros órganos de la Administración, según los datos obrantes en el expediente administrativo.

La concepción de la jurisdicción contencioso-administrativa como revisora, generó una regulación restrictiva de la prueba, cuya consecuencia inmediata se traducía en considerar innecesaria la práctica de la prueba en el proceso, y ello debido al valor probatorio que se otorgaba al expediente administrativo y a todos los documentos obrantes en el mismo, que no eran sino el producto de la actividad desarrollada por la Administración al tramitar el procedimiento en vía administrativa.

Este sistema fundado en el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, y las consecuencias perniciosas que ocasionaba en materia probatoria, se hacía cada vez más insostenible, por lo que resultaba necesaria una reacción legislativa que tuvo lugar con la promulgación de la hoy derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956.

La Ley jurisdiccional de 1956 dio un paso firme, aunque con ciertas cautelas, en la superación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. La Exposición de Motivos de la referida Ley, sin negar la naturaleza revisora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, pues ésta requería de la existencia previa de un acto administrativo, consideraba que ello no significaba que la prueba fuera innecesaria. Este argumento permitía concluir en la idea de que el proceso que se sustanciaba ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no era una casación, sino propiamente una primera instancia jurisdiccional.

No obstante, y a pesar del avance que supuso la LJCA de 1956, siguió existiendo una fuerte influencia de la tradición administrativista defensora del dogma revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que además se veía reforzada por la actitud de los Tribunales de este orden jurisdiccional, los cuales se mostraban reacios a la hora de enmendar las apreciaciones fácticas de la Administración, obrantes en el expediente administrativo, lo que llevó a la desdichada consecuencia de que, en la práctica, quedaran desnaturalizados y sin vigencia real algunos de los preceptos referentes a la prueba.

Pero lo que convirtió en un reducto histórico el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa fue la Constitución de 1978. Es en nuestra Norma Suprema donde se consolida todo un sistema de garantías a favor del ciudadano. La influencia del texto constitucional en materia probatoria se articula a través de una serie de postulados constitucionales y derechos fundamentales. De este modo, el establecimiento de un sistema de control de la legalidad adminis-

trativa claramente judicialista (art. 117.3), el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1), así como al control de los Tribunales (art. 106.1), puestos en relación con el derecho a obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.1), con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, y con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, consagran, en efecto, un sistema en el que han desaparecido las restricciones o limitaciones que pudieran existir al pleno control jurisdiccional de la actuación administrativa.

La reforma del sistema, sin embargo, era una exigencia ineludible de la Constitución, que ha impuesto principios esenciales del Estado de Derecho y extendido, por tanto, la exigencia de una “tutela judicial efectiva” al ámbito del proceso administrativo. Por ello, con la promulgación de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se pretende adaptar la justicia administrativa a la realidad del momento presente. La LJCA de 1998 aboga por una subjetivización plena de la justicia administrativa, que si bien es cierto, ya tenía sus orígenes en nuestra Carta Magna, no lo es menos, que su plasmación definitiva en una serie de reglas procesales inequívocas y concretas es fruto de nuestra vigente Ley jurisdiccional. Dicha subjetivización se materializa a lo largo de su articulado, con la regulación que ofrece de aspectos tales como la instauración de un completo sistema de pretensiones, para que los recurrentes puedan ver satisfecha cualquier exigencia de tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, en consonancia con este sistema de pretensiones, también se amplían las pretensiones ejercitables en vía cautelar, y finalmente se produce la judicialización del proceso de ejecución de las sentencias administrativas.

Una vez analizada la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa, centramos nuestro estudio en la prueba pericial en el proceso administrativo, claro está, desde la incidencia práctica que sobre la misma tiene la LEC de 2000.

Para ello nos situamos en un contexto más amplio y abordamos todos aquellos aspectos que afecten a su regulación, y que generan problemas en la práctica de la misma en el proceso contencioso-administrativo.

El mencionado análisis, hace obligada la referencia a los principios relativos a la prueba, pues resulta de gran utilidad, como elemento interpretador e integrador en el estudio de la prueba pericial, analizar los principios específicos sobre los que se construye tanto el proceso administrativo, como el nuevo proceso civil aplicable al proceso administrativo, pues alguno de estos principios por la reforma operada por la LEC 1/2000, se ven sensiblemente afectados.

En cuanto a los principios del proceso, sólo se estudian aquellos que tienen incidencia en materia probatoria, es decir, los de contradicción e igualdad de armas, y el de aportación de parte, que coexiste con el de investigación de oficio.

Especial atención merecen los principios del procedimiento, ya que la LEC de 2000 ha optado con claridad, por instaurar un proceso regido por los principios de oralidad, y sus principios consecuencia (inmediación, concentración y publicidad). Puesto que la LJCA de 1998 no contiene respecto al procedimiento ordinario prescripción especial alguna acerca de estos principios, pues en esta materia la LEC de 2000 opera como norma supletoria, ello obliga a que la LJCA tenga que acomodarse a la regulación de los nuevos juicios que recoge la LEC, lo que va a plantear no pocos problemas en la práctica, pues como es sabido, el proceso administrativo ordinario ha sido siempre predominantemente escrito. No se planteará ningún problema, sin embargo, respecto del procedimiento abreviado, pues el mismo se inspira en los mismos principios del nuevo proceso civil.

Otra de las cuestiones polémicas de la prueba pericial, y por ello, de especial importancia es la de su naturaleza jurídica. Tradicionalmente en la doctrina encontramos dos posturas sobre dicha naturaleza jurídica, de un lado, los que configuran la prueba pericial como un verdadero medio de prueba; y, de otro, los que la configuran como un mecanismo auxiliar del Juez. En la obra se analizan ambas posturas doctrinales, así como la opción por la que se ha decantado el legislador de 2000, que en la propia Exposición de Motivos considera el dictamen de peritos como un verdadero medio de prueba.

Resulta de suma importancia también en el estudio de este medio probatorio, saber cual su objeto y finalidad. El objeto de la prueba por medio del dictamen de peritos tendrá idéntico alcance que el objeto de la prueba en general, ya que podrán ser objeto de prueba por medio de dictamen de peritos los hechos controvertidos que guarden relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso, salvo que gocen de notoriedad absoluta y general, la costumbre y el derecho extranjero, así como las máximas de experiencia pero con determinadas reservas.

Dentro del objeto de la prueba pericial, una cuestión que merece especial interés es la necesidad de la misma en el proceso. En este aspecto existen distintos pareceres doctrinales, así para un sector de la doctrina, al considerarse la prueba pericial como un medio de prueba, habrá que acudir a ésta siempre que las partes lo soliciten y sean necesarios conocimientos especializados, tal y como se desprende del art. 335 LEC/2000; sin embargo, para otro sector de la doctrina, el órgano judicial podrá rechazar la prueba pericial aunque haya sido solicitada por las partes, si el Juez ya posee los conocimientos especializados que se requieren de los peritos. La LEC de 2000, al concebir la prueba pericial como un verdadero medio de prueba, considera que la ciencia privada del Juez sólo sirve para valorar el resultado de la prueba pericial conforme a las reglas de la sana crítica, sin que el juzgador pueda ampararse en esa ciencia privada para inadmitir el dictamen pericial en aquellos casos en que sea pertinente y útil.

En relación a la finalidad de la prueba pericial, se puede decir que esta es doble, por una parte, sirve para la adecuada valoración de los hechos a la luz de los conocimientos especializados que aplica sobre ellos; y, por otra, va a proporcionar certeza sobre hechos o circunstancias relevantes en el asunto.

Pero sin duda, la novedad más significativa de la LEC de 2000 en la regulación de la prueba pericial, y que merece una especial atención, ha sido la modificación en cuanto a la forma de introducir los dictámenes periciales en el proceso, la cual puede efectuarse de dos maneras distintas, de un lado, por peritos designados por las partes; y, de otro, excepcionalmente por peritos designados judicialmente dentro del proceso. Esta nueva regulación, va a generar la existencia de una gran variedad de momentos procesales en los que se podrán aportar dictámenes periciales.

Una vez que hemos analizado como se introducen los dictámenes periciales en el proceso, debemos estudiar la figura del perito que es aquella persona que posee unos conocimientos especializados (científicos, artísticos, técnicos o prácticos) para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, y que, por tanto, debe elaborar el dictamen pericial.

Para el examen de la figura del perito son varios los aspectos que se deben abordar, en primer lugar, su distinción respecto de otros sujetos que también intervienen en el proceso, con los que guarda una serie de similitudes; en segundo, lo relativo a la capacidad del perito, haciendo referencia tanto a los peritos individuales (titulados y entendidos en la materia sin titulación), como a la llamada pericia institucional o corporativa, en tercero, a los derechos y deberes que tiene el perito; en cuarto, a la imparcialidad y objetividad del perito, y al triple mecanismo instaurado por la LEC de 2000, para poner de manifiesto la posible imparcialidad del perito, a saber, la tacha que la utilizarán las partes cuando se trate de peritos privados, la abstención donde la iniciativa corresponde al propio perito designado por el Tribunal, y la recusación que la utilizarán las partes en relación a los peritos designados judicialmente; en quinto, y último, los distintos tipos de responsabilidad (penal, civil y disciplinaria) en que puede incurrir el perito en el cumplimiento de sus funciones.

Donde se aprecia con mayor intensidad la influencia de la LEC 1/2000, en el proceso administrativo, es en el estudio del procedimiento probatorio. Es necesario, por tanto, el examen de los dos procesos existentes en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, a saber, el ordinario y el abreviado, y como opera la LEC de 2000 en cada uno de ellos.

Respecto del procedimiento ordinario, examinaremos las normas que regulan con carácter general el procedimiento probatorio en el mismo, y la incidencia práctica que sobre éstas tiene la nueva regulación contenida en la LEC 1/2000, centrándonos especialmente en la prueba pericial, pues la posibilidad de que se

aporten dictámenes privados con los escritos alegatorios iniciales, o excepcionalmente la designación judicial del perito, va a plantear algunos problemas prácticos en su aplicación al proceso administrativo ordinario.

Los problemas que suscita la aplicación de la LEC al proceso ordinario, sin embargo, no se originan respecto del procedimiento abreviado, ya que se trata de un procedimiento presidido por los principios de oralidad, inmediación, concentración y celeridad, al igual que sucede en el juicio verbal que se regula en la LEC 1/2000.

El estudio del procedimiento probatorio finaliza con la posibilidad de adoptar en el proceso administrativo, algunas de las medidas sobre anticipación y aseguramiento de la prueba previstas en los artículos 293 a 298 LEC de 2000, pero centrandó nuestra atención, sobre todo, en la posibilidad de la práctica de la prueba pericial anticipada.

Seguidamente se aborda el tema de la valoración de la prueba pericial, pues llegado el tiempo de dictar sentencia el órgano jurisdiccional ha de proceder a valorar, entre otras, la prueba pericial. En nuestro sistema procesal viene siendo tradicional la valoración libre de la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, y así se mantiene en el artículo 348 de la LEC 1/2000.

Resulta de todo punto evidente, a la vista de lo anteriormente expuesto, que el perito realiza un trabajo que genera un coste económico que debe ser remunerado. Pues bien, en cuanto a los honorarios del perito debe distinguirse, de un lado, la provisión de fondos que tiene derecho a recibir el experto en el momento en que acepta el cargo, provisión que se articula por primera vez respecto de los peritos en la LEC 1/2000, y que acaba con los problemas que su ausencia suscitaba en la derogada LEC de 1881; y, de otro, los honorarios de los peritos como concepto integrante de las costas procesales, teniendo presente la regulación específica contenida en la LJCA, y la remisión a las normas de la LEC en lo referente a la tasación e impugnación de las costas procesales.

Finalmente, se completa el estudio de la prueba pericial, tratando dos aspectos de sumo interés, por una parte, la prueba por medio de peritos caligráficos, que en la LEC de 2000 recibe el nombre de “cotejo de letras”, y, por otra, la aportación de dictámenes periciales, como prueba complementaria, respecto de los nuevos medios probatorios contemplados en el artículo 299.2 LEC/2000 (medios audiovisuales del artículo 382 LEC e instrumentos de carácter informático del artículo 384 de ese mismo cuerpo legal).