



Aspectos prácticos de la prueba pericial en el orden social

Amparo Esteve Segarra

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Valencia

Magistrada suplente. Sala de lo Social. Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

amparo.esteve@uv.es

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, discapacidad, 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.

Palabras clave: prueba; proceso laboral; derechos fundamentales; pericial; registro informático.

Fecha de entrada: 14-10-2020 / Fecha de revisión: 07-11-2020 / Fecha de aceptación: 09-11-2020

Cómo citar: Esteve Segarra, Amparo. (2021). Aspectos prácticos de la prueba pericial en el orden social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 47-78.





Practical aspects of the expert evidence in the social order

Amparo Esteve Segarra

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.

Keywords: evidence; labor process; fundamental rights; expert; computer record.

Citation: Esteve Segarra, Amparo. (2021). Practical aspects of the expert evidence in the social order. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 47-78.



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 perito/a?
 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/a o proceder a su recusación 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 personal facultativo forense
 8. La autorización judicial de determinadas periciales que pudieran vulnerar derechos fundamentales
 9. Las periciales informáticas o electrónicas
 10. La pericial caligráfica
- Referencias bibliográficas



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 pericial 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 sobre la valoración de la discapacidad, en los que es un elemento imprescindible, por basarse en un cuestionable e insatisfactorio sistema para las personas justiciables y los órganos judiciales, donde a la postre un órgano judicial experto 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 discapacidades que cuentan también con un baremo de valoración poco inteligible para las personas profanas 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 táctografos, donde se ha sentado doctrina sobre su necesaria interpretación a través de

prueba pericial, pues su lectura y contenido son 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 han hecho que determinados dispositivos y el contenido de los mismos sean 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 de la legislación en la regulación de la prueba pericial en el artículo 93 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), como es la intervención del médico/a forense. La posición poco pacífica de las diferentes Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) 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 de la LRJS, comporta que la más amplia regulación prevista en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) para este tipo de prueba (arts. 335 y ss.) se proyecte en el ámbito del proceso laboral, si bien con notables especialidades.

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 una persona trabajadora sin la debida pericial. Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 30 de noviembre de 2016, rec. 1961/2015, y Auto del TS de 27 de marzo de 2019, rec. 4112/2016.

² *Vid.* la aprobación en mayo de 2020 por parte del Consejo General del Poder Judicial 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).

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 esta, sino que normalmente en el proceso laboral se presentan directamente en la vista oral (Alfonso Mellado, 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 artículo 93 de la 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 artículos 265.1.4.^a y 336 de la LEC, que establecen que los dictámenes periciales en los que las partes apoyen sus pretensiones deben acompañar a la demanda o a la contestación a esta, con tres alteraciones, a saber: en primer lugar, la excepción prevista en el artículo 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 artículo 339 de la 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 esta.

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/as. De ahí que, en textos anteriores, se hiciera referencia expresa a la inaplicación de la insaculación de peritos/as prevista en la LEC de 1881, que es un sistema de gran complejidad procedimental⁶. Este método de insaculación de peritos/as

⁴ Se impone la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con 5 días de antelación al acto del juicio, de la prueba documental o pericial de la 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 5 días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal.

Este sistema de aportación 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 artículo 338 de la 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/as.

desapareció del orden civil y se introdujo en la LEC de 2000⁷ un procedimiento diferente de nombramiento de peritos/as para auxiliar al órgano judicial, 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 después de lista corrida previsto en el artículo 341 de la LEC. Sin embargo, dicho procedimiento de designación judicial de perito/a 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/a forense, que, por otra parte, se aparta del sistema de designación judicial de peritos/as previsto 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 contratar las periciales presentadas por la otra parte. Segalés Fidalgo (2003) insiste en que la propia fugacidad del juicio oral provoca un especial protagonismo del órgano judicial 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 realizan en un mismo momento (pp. 5-6 y 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 han tenido un desigual uso.

La primera de estas salvaguardas es el traslado previo entre las partes de la prueba pericial de la que, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.4 de la 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 5 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

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

derecho, está prevista en el artículo 87.6 de la LRJS. Dicho precepto, no obstante, depende de la aquiescencia del órgano judicial, pues el órgano judicial podrá o no concederlo.

3. ¿Quién puede ser perito/a?

Es común afirmar que, respecto a 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/a 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/a testigo, por ejemplo, al utilizarse personas empleadas de una empresa con conocimientos técnicos para realizar periciales a favor de la misma. Lo cierto es que el artículo 335 de la LEC exige que el perito/a 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/as colegiados a los efectos de efectuar una designación judicial del perito/a⁸, 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 artículo 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 sujetas a los requisitos establecidos en el artículo 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/a es entendido en un área donde no se requiere en todo caso colegiación oficial, salvo que sea un perito/a 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/as

⁸ En este sentido, el artículo 341.1 de la 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 del Protocolo de actuación del servicio común procesal para la asignación de peritos judiciales](#).

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

¹⁰ La titulación del perito/a solo es exigible cuando se refiere a los peritos o las peritas designados judicialmente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de enero de 2005, rec. 850/2003). En cambio, el artículo 335 de la LEC, cuando se refiere a los peritos/as designados por las partes, indica que deben poseer los conocimientos correspondientes sin aludir a requisitos de titulación (Sentencia del TSJ –STSJ– de Madrid de 15 de julio de 2013, rec. 481/2013).

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 las personas trabajadoras afectadas y las cantidades objeto de condena a través de una pericial, remitiéndose al trámite incidental del artículo 238 de la LRJS si se discute la misma (Molins García-Atance, 2018).

Pero fuera de estos casos, las periciales tienen la finalidad de exponer sobre hechos, cuya debida apreciación por parte del órgano judicial requiere de una persona experta en un saber técnico, artístico, científico o práctico. La exigencia de declarar sobre hechos implica que no caben periciales de derecho, pues, por una parte, el derecho no está, como regla general, necesitado de prueba, ni siquiera, aunque este sea complicado. De manera que, en no pocas ocasiones, se han rechazado como pruebas y llevado a la carpeta de *instructa* 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 del cual 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/as (art. 336.1 LEC), salvo personas beneficiarias de justicia gratuita con derecho a prueba pericial conforme a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. En principio, ello presupone una solicitud por la persona beneficiaria de una prueba pericial determinada. En los casos en los que no fuera posible la prestación de asistencia pericial por peritos/as 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/as, fuera de estos casos de personas beneficiarias 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.

¹¹ Vid. STSJ de Galicia de 30 de mayo de 2003 (rec. 1759/2003). En el supuesto se discutía el registro de un ordenador de un trabajador despedido por visionar pornografía, entre ella, 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.

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 (arts. 283 LEC y 87.1 LRJS). En segundo lugar, tampoco han de admitirse las pruebas periciales que se hayan obtenido ilícitamente vulnerando derechos fundamentales. En este caso, ante un cuestionamiento de este tipo, ha de seguirse el procedimiento previsto en el artículo 90.2 de la 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 personal con conocimientos médicos forenses, 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 permite 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.

¹² En este sentido, el TS ha señalado en Sentencia de 17 de enero de 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 solo 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 solo 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 cuáles habían de ser los documentos ni quiénes los testigos.

El sistema previsto en dicho precepto no acaba de resultar satisfactorio, pues en la práctica normalmente el órgano judicial 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 *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 la prive de valor. La insatisfacción que ha provocado este sistema ha conducido a propuestas de cambio de 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 artículo 193 a) de la 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 o una perita (b) o la falta de habitualidad de una prueba en el orden social (c).

- (a) En cuanto 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 5 días de antelación al acto del juicio. Sin embargo, la falta de cumplimiento de dicho plazo no podrá comportar la inadmisión de la prueba¹³.

¹³ STS de 2 de diciembre de 2014 (rec. 97/2013), con voto particular de seis magistrados de la sala. Se enjuiciaba un despido colectivo en el Ayuntamiento de Estepona en el que la representación de las personas trabajadoras no había aportado pruebas con el plazo de 5 días de antelación a la fecha de la vista (se presentó 1 día antes del inicio). En instancia, el TSJ consideró que no se había aportado con

- (b) En cuanto al carácter parcial de la perita o 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 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 Constitución española –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 el artículo 90.4 de la LRJS cuando estas resulten necesarias conforme al principio de proporcionalidad y seguir la normativa de protección de datos biométricos [art. 9.1 Reglamento (UE) 2016/679, de protección de datos].

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.

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 rechazado 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 aplicables (FJ 8.º).

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

¹⁵ STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 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 sobreimpreso en una fotografía pornográfica, que igualmente fotocopiada y difuminada, le servía de fondo, prácticamente solo 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 de la Comunidad Valenciana de 13 de febrero de 2003, rec. 3314/2003).

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 la nulidad de la sentencia por falta de constancia de los elementos de convicción al vulnerarse la exigencia de motivación de las sentencias derivadas del artículo 120.3 de la 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 de la perita o 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 las peritas o los peritos, mediante tacha o recusación.

¹⁷ STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de enero de 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 órgano judicial 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 posteriores 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.

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 artículo 346 de la LEC, que hace referencia a la emisión escrita del informe de la perita o 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 la autora o el autor del dictamen garantice la exactitud y perfecto conocimiento de lo afirmado en el informe. La vigente redacción del artículo 93 de la LRJS parece deducir que, fuera de los peritajes del personal médico o inspector que obren en los expedientes o sean de aportación preceptiva, en el resto de supuestos, la perita o el perito ha de comparecer en la vista oral para ratificar su informe. Sin embargo, ello contradice la práctica, donde muchos peritos/as 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/as privados, puede ocurrir que se niegue la validez de un peritaje si la autoría del dictamen no lo ha ratificado¹⁹.

Como ya se ha anticipado en el orden social, conforme al artículo 93.1 de la 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 existe 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/as 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 conocidos por la parte.

La novedad introducida en la LRJS de 2011 en cuanto 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 de la perita o del perito, cuando se negaba el carácter pericial de informes médicos escritos no ratificados en

¹⁸ STSJ del País Vasco de 25 de noviembre de 1997 (rec. 1153/1997).

¹⁹ STSJ de Asturias de 14 de julio de 2020 (rec. 621/2020).

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 Incapacidades (UVAMI)²⁰.

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 EVI del Instituto Nacional de la Seguridad Social, aun gozando de la naturaleza de 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 esta difícilmente armonizable con el derecho constitucional a la igualdad de armas en el proceso (Vigo Serralvo, 2020).

5.2. La presentación oral y escrita del informe

La presentación del informe pericial 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 sinteticen los aspectos esenciales; todo ello para facilitar la labor del órgano judicial. 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 a la perita o al perito que se centre en sus conclusiones o que directamente aclare algún punto oscuro, no debiendo caer en la tentación 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/a la realización de valoraciones jurídicas. Recuérdese que corresponde a los peritos/as 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

²⁰ Así, por ejemplo, en la STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2000 (rec. 1650/2000), se desecha como argumento para hacer prevalecer un informe médico de parte sobre el dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) el hecho de que hubiera sido ratificado el primero en el juicio oral.

a los peritos/as con conocimientos médicos, que han de circunscribirse a la descripción de enfermedades, o secuelas que padezca la persona trabajadora, correspondiendo íntegramente la valoración jurídica a los órganos judiciales²¹.

5.3. Actuaciones frente a la pericial de contrario

Un aspecto delicado es la conveniencia del interrogatorio del perito/a de la parte contraria. En muchos casos, en el orden social, resulta difícil elaborar las repreguntas a los peritos/as, 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 artículo 337 de la 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 con una prueba pericial que por su volumen o complejidad resultara difícil someter a un juicio de contradicción con premura, resulta siempre conveniente solicitar la realización de conclusiones complementarias por escrito de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 87.6 de la LRJS.

Algunos letrados y letradas versados en los juicios laborales aconsejan directamente no preguntar, salvo que se tenga la certeza 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 o la perita (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 terceras personas, fotografías o similares, tales como no examinar a la persona directamente, sino únicamente realizar una pericial sobre la base de documentos elaborados por otras personas. 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 esta ha sido facilitada por una de

²¹ STS de 20 de marzo de 1981. 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 escapa 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.

las partes; por ejemplo, una máquina que es examinada para saber si tenía amianto, habiendo facilitado la empresa fabricante al laboratorio técnico el propio modelo de máquina, en la que podía haber hecho desaparecer la capa de amianto o fabricarla sin ella, etc.

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

5.4. ¿Es posible tachar a un perito/a o proceder a su recusación en el orden social?

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

Conforme a la primera, cabría admitir la aplicación de la tacha de peritos/as prevista en el artículo 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/as debe plantearse directamente en el acto del juicio, conforme a lo previsto en el artículo 343 de la LEC.

La segunda tesis argumentaría que, al igual que los o las testigos en el orden social no pueden ser tachados, tampoco pueden serlo los peritos o las peritas; 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 practicado (Vicente Herrero *et al.*, 2012, p. 14).

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 o peritas de médicos o médicas de la entidad gestora, de una mutua o peritos/as de parte cuyos servicios son obviamente contratados por esta. Argumento que se refuerza por cierta doctrina del TS que ha señalado que el cuestionamiento de un perito/a no debe resolverse en el acto de la vista, sino que ha de resolverse en la sentencia, al valorar el órgano judicial la prueba practicada en el juicio, pero no cabe impedir practicar la prueba en el acto del juicio por su parcialidad²².

²² Vid. STS de 29 de noviembre de 1993 (rec. 856/1992), en un caso en el 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 de Galicia de 24 de abril de 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».

Diferente de la tacha es la posibilidad de recusación del perito/a que, aunque referenciada en la norma forense laboral, en concreto, en el artículo 89.4 c) 4.º de la LRJS, respecto al contenido del acta de un juicio, tiene escasa aplicación en la práctica. Las razones son que en el artículo 341 de la LEC la recusación de un perito/a está exclusivamente prevista para la designación judicial de un perito/a, no para los peritos/as 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 órgano judicial de instancia recusó de oficio a un perito/a de parte, la sentencia fue anulada por un claro defecto procesal²³. Tampoco, cuando erróneamente se ha recusado a los peritos/as de parte por la otra parte, ello no debe ser admitido por el órgano judicial²⁴.

Lo que obviamente sí cabe es que el órgano judicial, ante las acusaciones de parcialidad de un perito/a, por ejemplo, aportado por una mutua o un perito/a que había sido asesor/a de la empresa que efectuaba los despidos que se enjuiciaban²⁵, valore dicha prueba conforme a su libre apreciación judicial, sin que esta valoración pueda motivar la nulidad de la sentencia por defectos procesales²⁶.

²³ STSJ de Galicia de 24 de abril de 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: («SS.^a 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.

²⁴ STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2015 (rec. 2631/2015).

²⁵ STSJ de Cataluña de 20 de marzo de 2015 (rec. 279/2015).

²⁶ SSTSJ de Cataluña de 22 de enero de 2002 (rec. 851/2001), Castilla-La Mancha de 26 de septiembre de 2001 (rec. 87/2001) y Cataluña de 27 de febrero de 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,

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). Respecto a este concepto, la Sala Primera del TS, en Sentencia de 15 de diciembre de 2015 (rec. 2006/2013), 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:

- 1.º Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial. STS 17 de junio de 1996 [rec. 3162/1992].
- 2.º Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. STS 20 de mayo de 1996 [rec. 3398/1992].
- 3.º Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal con base en los mismos llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes. STS 7 de enero de 1991.
- 4.º 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.

Respecto 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, de 15 de octubre de 1998 (rec. 1542/1994):

[...] 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 prevalentes, en principio, las conclusiones dotadas de superiores explicaciones racionales»²⁷.

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.

²⁷ STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2000 (rec. 1650/2000).

En fase de recurso resulta difícil la impugnación de la prueba pericial, lo que ha sido reconocido tanto en el orden civil²⁸, como en el social. Respecto a este 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 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 artículo 97.2 de la LRJS y el artículo 348 de la LEC, no estando obligado a sujetarse al parecer de ninguno de los peritos o peritas. 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 órgano judicial *a quo*²⁹.

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 *a quo* a no ser que se demuestre palmariamente el error en que este 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 manifiesto³⁰.

²⁸ En palabras de la STS de 3 de diciembre de 2016 (rec. 22/2014), citando jurisprudencia anterior:

[...] 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 crítica», 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 el resultado judicial cuando este aparezca ilógico o disparatado.

²⁹ Por todas, STS de 11 de octubre de 1990.

³⁰ SSTs de 24 de noviembre de 1986 y 18 de julio de 1989.

En el caso de una valoración judicial errónea del peritaje inducida por la falsedad del perito/a, han de aplicarse algunas reglas generales. Así, en el caso de los peritos/as que falten a la verdad, se aplican similares consecuencias que para los o las testigos (arts. 458 a 462 Código Penal –CP–). Concretamente, la falsa pericia se encuentra tipificada en el artículo 459 del CP. El examen de los repertorios judiciales del orden penal evidencia que los casos de peritos/as condenados por falsa pericia son excepcionales, pues se requiere una clara conducta maliciosa del perito/a, no bastando la equivocación, ni el contraste con otros dictámenes periciales que evidencia la incerteza del peritaje³¹.

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

7. Las periciales médicas, en particular de personal facultativo forense

En los procedimientos judiciales de reconocimiento de un grado de discapacidad 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 o médicas 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 las personas beneficiarias, o bien tienen un carácter poco objetivo. De este modo, la pericial del personal médico forense es extraordinariamente relevante si se carece de medios económicos. Pero también, si se ha recurrido al dictamen de facultativos/as 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/a forense. En

³¹ Según ha establecido el TS, Sala de lo Penal, en Sentencia de 26 de noviembre de 2008 (rec. 1422/2008):

El tipo delictivo del art. 459 CP 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 este 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 dolosamente emitido, conscientemente falso.

En el mismo sentido, *vid.* SSTS, Sala de lo Penal, de 18 de febrero de 2009 (rec. 638/2008) y 29 de octubre de 2013 (rec. 273/2013).

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 artículo 93.2 de la 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 querer delimitar los casos en los 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 LRJS perdió la oportunidad de diferenciar en la redacción del artículo 93.2 la intervención del médico/a forense de la asistencia pericial gratuita regulada en la Ley 1/1996 y en el Real Decreto 996/2003, de 25 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/a o si, por el contrario, puede ser invocado como un derecho de las personas beneficiarias del derecho a la asistencia jurídica gratuita, teniendo en consideración que las personas trabajadoras 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 por vía legislativa se otorga a las personas trabajadoras y beneficiarias de la Seguridad Social (Virolés Piñol, 2011), que no se reputó inconstitucional, según dictaminó tempranamente nuestro Tribunal Constitucional (TC)³².

De entrada, la pericial del médico/a forense en palabras del TS es una facultad discrecional del órgano judicial, pero no totalmente. Ello parece un contrasentido que requiere de cierta explicación. Al respecto, el TS en Sentencia de 20 de septiembre de 2005 (rec. 2565/2004), en relación con la posibilidad de un órgano judicial 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 este «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.

³² Por todas, Sentencia del TC (STC) 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.

Esta sentencia versaba sobre un caso en el que una trabajadora agrícola pedía el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta, o subsidiariamente total, y como sustento probatorio de dichas peticiones, la pericial del médico forense aducía 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 órgano judicial venía a razonar que la intervención del médico/a 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 TSJ de Canarias, con 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 TSJ de Valencia de 14 de septiembre de 1999, que sí declaró la nulidad de actuaciones. El TS 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 órgano judicial puede rechazar la intervención del médico/a forense, por ejemplo, si se siente suficientemente ilustrado sobre unos hechos. La discrecionalidad judicial está limitada en un triple sentido; por una parte, se exige siempre la correspondiente motivación para el rechazo judicial de la intervención del médico/a forense; en segundo lugar, esta libertad queda matizada cuando la persona beneficiaria 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 poder legislativo 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/a forense emitido en diligencias para mejor proveer³³.

Sin embargo, esta sentencia del TS de 2005 no despejó totalmente la cuestión de si la decisión de solicitar dictamen del médico/a forense era una facultad del órgano judicial a la que podía negarse siempre que lo pidiera un letrado/a de oficio. Las personas trabajadoras y las beneficiarias de prestaciones de seguridad social tienen *ope legis* el beneficio de gratuidad, pero no estaba claro que todas las que ostentasen dicho beneficio tuvieran el derecho subjetivo a la pericial del médico/a forense. Al respecto, una STS de unificación de doctrina de

³³ STS de 15 de abril de 2003 (rec. 2276/2002).

7 de febrero de 2007 (rec. 2450/2005) señala expresamente que no puede confundirse la intervención del médico/a forense, que es una decisión discrecional del órgano judicial, con la designación del perito/a que resulte adecuado en cada caso, prevista en el artículo 6.6 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, en el que no se prevé la designación de un médico/a forense, sino la del perito/a, y ha de pedirse a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. En esta posición, hay también algunas Salas de lo Social del TSJ, 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 económicos³⁴.

No obstante, en doctrina judicial de suplicación de otras Salas de lo Social³⁵, se está haciendo una interpretación parcialmente distinta, entendiendo que, si un/a justiciable tiene el beneficio de justicia gratuita, goza *per se* del derecho a la intervención del médico/a forense, sin que se reserve a quienes tengan acreditada una insuficiencia patrimonial, y la denegación de este derecho vulnera el derecho de defensa. La raíz del problema es que el artículo 339.1 de la LEC establece que podrá pedirse la designación judicial de un perito o perita si se tiene el beneficio de asistencia jurídica gratuita. En muchos TSJ se parte de la base de que el artículo 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/a dependiente de los órganos judiciales –que habitualmente será un médico/a forense– o bien una pericial objetiva por un funcionario/a u organismo dependiente de las Administraciones públicas. 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 órgano judicial debería acceder a que interviniese el médico/a forense u otro funcionario/a, y si no se accediese de forma inmotivada, la parte podría oponer la correspondiente protesta.
- El resto de casos, donde sería facultativo para el órgano judicial.

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

³⁴ STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2001 (rec. 1563/2001).

³⁵ Entre otras, SSTSJ de Castilla-La Mancha de 14 de marzo de 2006 (rec. 65/2005); Castilla y León/Valladolid de 25 de noviembre de 2014 (rec. 1515/2014), y de 18 de noviembre de 2009 (rec. 1685/2009); y Extremadura de 15 de junio de 2006 (rec. 230/2006).

de salud que obran en el expediente³⁶. Aunque alguna sentencia señala que sí pueden ser una vía para obtener periciales gratuitas³⁷, 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/as 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 UVAMI hace presuponer su carácter objetivo³⁸. Y alguna sentencia ha reconocido el carácter imparcial de los dictámenes de los facultativos/as 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

³⁶ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 10 de noviembre de 2014 (rec. 1468/2014).

³⁷ En la STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 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.

³⁸ STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2000 (rec. 1650/2000). 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 intermediación 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 intermediación, 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».

derivarse de un seguimiento habitual del o de la paciente y del proceso de su dolencia³⁹, o de que quien siguió la patología era jefe/a de servicio de una especialidad médica⁴⁰.

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 el artículo 90.4 y 5. En el artículo 90.4, 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 infrautilizada 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 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso López Ribalda (STEDH de 17 de octubre de 2019) potencian esta infrautilización 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 con base en sospechas empresariales fundadas de la comisión de actos ilícitos, pero, sobre todo, al admitir que las pruebas obtenidas por sus propios medios por 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 multiplicar⁴¹. Se señala que la única garantía que existía en

³⁹ STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2002 (rec. 3308/2002).

⁴⁰ STSJ de Baleares de 12 de julio de 2011 (rec. 105/2011).

⁴¹ El voto particular de la STEDH López Ribalda aboga por un sistema menos intrusivo de vigilancia empresarial y critica que con la posición mayoritaria se está animando a las empresas a resolver esto con sus propias manos. Así, se señala:

la legislación española era la de informar previamente al tratamiento de datos, que no admitía excepciones.

Aunque teóricamente una autorización judicial al amparo de los artículos 76.4 y 90.4 y 5 de la 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 las personas trabajadoras afectadas⁴². Y ello pese a la minuciosidad de lo previsto en los artículos 76.4 y 90.4, 6 y 7 de la LRJS y

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 consentido un uso ilimitado de la videovigilancia encubierta sin establecer suficientes salvaguardas, permitiendo tomarse la justicia por su mano a particulares.

⁴² Vid. SSTSJ de Madrid de 9 de febrero de 2015 (rec. 886/2014) y Canarias/Las Palmas de 22 de diciembre de 2016 (rec. 1026/2016).

el reconocimiento por algún ponente del TS de que estos preceptos se habían establecido en dicho sentido⁴³.

En el caso de las pruebas periciales médicas o psicológicas, interesa resaltar específicamente la autorización judicial prevista en el artículo 90.5 de la LRJS, que permite dar cobertura legal a difícil decisión del órgano judicial 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 o de la demandante, que afecta a su derecho fundamental a la intimidad. La norma viabiliza la exploración, pero con cuatro garantías: la reserva de confidencialidad, el uso exclusivamente procesal, que el interesado/a pueda acompañarse del o de la especialista de su elección y la posibilidad de exigir copia del resultado. Esta última exigencia intenta evitar la tendenciosidad de que solo una parte sea conocedora de las conclusiones de la pericial.

Además, la LRJS prevé cuándo no es necesaria esta autorización, recogiendo una conocida doctrina contenida en una sentencia del TC 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 realizadas sin las debidas garantías⁴⁴, 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 causam*, da validez a la prueba pericial realizada sobre un dispositivo. Al respecto, se cuenta solo con

⁴³ Vid. STS de 13 de mayo de 2014 (rec. 1685/2013); ponente: Fernando Salinas Molina, que fue una de las personas 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.

⁴⁴ A título de ejemplo, en la STSJ del País Vasco de 6 de julio de 2004 (rec. 1232/2004), se sometió a una trabajadora a un reconocimiento médico y a una entrevista 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.

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 notarial⁴⁵, 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 anteriormente, 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 TS. Así, en la STS de 19 de mayo de 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 wasaps 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 jurisprudencia penal ha establecido con claridad que resulta necesaria una prueba pericial en el orden penal en los casos en los 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 partes⁴⁶. 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

⁴⁵ Así, por ejemplo, el TS no ha privado de validez a un registro informático, por la falta de custodia del ordenador por un notario/a. Un exponente es el caso de la STS de 8 de febrero de 2018 (rec. 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/a o del trabajador sancionado o sus representantes, la falta de esta no privaba de validez a la pericial informática de registro.

⁴⁶ El artículo 382.2 de la LEC establece la posibilidad de aportar dictámenes y medios de prueba al presentar pruebas de reproducción de la palabra, imagen y sonido que la parte proponente estime convenientes, y en términos similares a las partes que cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido. El artículo 384 de la 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 artículo 384 se remite al artículo 382 de la LEC en cuanto a la posibilidad de presentar pruebas instrumentales.

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, con base en los principios de concentración y celeridad, puede 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 –previendo 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 valorada casuísticamente. La digitalización está incrementando los problemas de muchas periciales, no solo médicas, sino de carácter informático, que requieren un importante desembolso económico de las partes para remunerar a los peritos/as. La falta de medios técnicos de apoyo a la justicia provoca una relativización del principio de gratuidad. Aunque las personas trabajadoras y beneficiarias del sistema de Seguridad Social gozan *ope legis* del beneficio de justicia gratuita, la designación de un perito/a gratuito exige una solicitud específica a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y la acreditación de la insuficiencia de medios.

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, *wearables*, etc.) y, en muchos casos, estos no se encuentran en poder de la parte que quiere pedir la prueba. Algunos 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 inspectora⁴⁷. El marco legal comunitario prohíbe decisiones absolutamente automatizadas, sin intervención humana, y garantiza el derecho de las personas interesadas a un tratamiento leal y transparente de los datos utilizados en decisiones automatizadas [art. 22 Reglamento (UE) 2016/679, de protección de datos], pero fuera de esta cuestión se

⁴⁷ Todolí Signes (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/as que perciben prestaciones de la Seguridad Social.

abren multitud de problemas para la tutela de una persona trabajadora o beneficiaria, 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/as 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/a ha sido infrautilizado 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/as informáticos y la designación judicial de estos peritos/as, al estilo de lo que ocurre con los médicos/as 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 pintadas⁴⁸, cuando su autenticidad ha sido impugnada (art. 326.2 LEC). En relación con la prueba pericial caligráfica, se aplica la regulación prevista en los artículos 349 y 350 de la 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 artículo 349 de la LEC. Obviamente, no es de recibo argumentar la prueba negativa, es decir, que los hechos estimados como probados por el juzgador/a *a quo* no lo fueron suficientemente⁴⁹, o limitarse a cuestionar la pericial practicada de contrario⁵⁰.

Cuando se alegue una falsedad documental, la vía que cabe seguir es la prevista en el artículo 86.2 de la LRJS, sin que esta vía pueda ser sorteada y alterada por el cauce de presentar una pericial caligráfica en el recurso de suplicación⁵¹, y ello por cuanto, además, el artículo 233 de la LRJS permite la aportación excepcional de documentos nuevos, no de pruebas periciales. Recuérdese que la pericial caligráfica puede interrumpir la prescripción de una sanción disciplinaria⁵².

⁴⁸ Vid., por ejemplo, STSJ de Cataluña de 12 de abril de 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.

⁴⁹ STSJ de Canarias/Las Palmas de 30 de junio de 2016 (rec. 348/2016).

⁵⁰ STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 30 de junio de 2015 (rec. 585/2014).

⁵¹ STSJ de Cataluña de 29 de junio de 2011 (rec. 4430/2010).

⁵² STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 30 de enero de 2015 (rec. 585/2014) y Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Ponferrada de 4 de febrero de 2020 (proc. núm. 322/2019).

Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, Carlos Luis. (2002). La vista oral y la prueba en el proceso social tras la Ley de enjuiciamiento civil. *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 135, 17-25.
- Gómez Esteban, Jesús. (2020). Juicios telemáticos en el orden jurisdiccional social, ¿utopía transformada en realidad apresurada? *Diario La Ley*, 9662. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/06/22/juicios-telematicos-en-el-orden-jurisdiccional-social-utopia-transformada-en-realidad-apresurada>.
- Molins García-Atance, Juan. (2018). La responsabilidad civil del empresario derivada de los accidentes de trabajo. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 214, 27-52.
- Ollé Sesé, Manuel. (2016). Procedimiento ordinario. En *Practicum. Proceso laboral 2016*. Lex Nova.
- Orellana de Castro, Rafael. (2020). Aspectos conflictivos de la prueba pericial. *Especial atención a la pericial caligráfica*. Wolters Kluwer.
- Segalés Fidalgo, Jaime. (2003). *La prueba en el proceso laboral tras la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil*. Comares.
- Todolí Signes, Adrián. (2020). Retos legales del uso del *big data* en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. *REGAP. Revista Gallega de Administración Pública*, 59(1), 79-102. <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/view/4354/6453>.
- Vicente Herrero, María Teófila (Coord.^a); Moreno Torres, Pilar (Coord.^a); Jiménez Aguilar, Encarna; Capdevila García, Luisa M.; López González, Á. Arturo; Ramírez Íñiguez de la Torre, María Victoria; Terradillos García, María Jesús y Torres Alberich, J. Ignacio. (2012). *La prueba pericial médica en el ámbito de lo social*. Tirant lo Blanch.
- Vigo Serralvo, Francisco. (2020). La asistencia pericial médico forense en el proceso jurisdiccional de Seguridad Social en materia prescricional. ¿Discrecionalidad judicial o derecho del beneficiario? *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 227, 195-222.
- Virolés Piñol, Rosa María. (2011). Cuestiones prácticas. *Actum Social*, 48.