

Prueba Pericial Prevalente

El art. 326 “bis” del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes (*)

En este trabajo, el autor se propone aportar ideas y reflexiones iniciales que contribuyan al esclarecimiento de la operatividad práctica del precepto, y a su adecuada inserción en la estructura procedimental de los procesos de conocimiento previstos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes.

En virtud de la sanción de la ley provincial N° 5905, publicada en Boletín Oficial N° 25.628 del 25/11/09 y en Ac. STJ N° 38/09, se incorpora al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes (Dec. Ley 14/2000 y modif., en adelante CPCCTes.), el artículo 326 “bis”, cuyo texto a continuación se transcribe: “Prueba Pericial Anticipada: En todas las acciones judiciales donde las partes hayan ofrecido la prueba pericial y acompañados los interrogatorios periciales con los puntos a peritar, una vez contestada la demanda por los emplazados, el tribunal, antes de ordenar la producción de la restante prueba ofrecida por las partes, designará a los peritos que intervendrán para el correspondiente informe pericial, que se practicará con intervención de las partes y de los consultores designados por las partes, que refrendarán la pericia o practicarán las observaciones e impugnaciones que correspondieren. Audiencia de Conciliación: Inmediatamente de concluida la pericia y resueltas las observaciones e impugnaciones practicadas por las partes, el tribunal convocará a una audiencia de conciliación a la que concurrirán las partes personalmente, sus letrados, el perito y los consultores técnicos de parte, en la que se procurará con los resultados de la pericia, que las partes se avengan a un acuerdo resolutorio de todas las cuestiones en litigio, homologándose por el tribunal, en su caso, lo convenido por las partes. Ausencia de acuerdo: En caso de no lograrse en dicha audiencia que las partes se avengan para dar por concluido el proceso, las actuaciones proseguirán en la forma dispuesta por este Código”.

En este trabajo, me propongo aportar ideas y reflexiones iniciales que contribuyan al esclarecimiento de la operatividad práctica del precepto, y a su adecuada inserción en la estructura procedimental de los procesos de conocimiento previstos en el CPC Ctes. El aporte tendrá, más allá de las limitaciones del suscripto, las propias que importa incursionar en un terrero de investigación en el cual brilla por su ausencia el material doctrinario, legal y jurisprudencial, que le sirva de antecedente. No obstante ello, guiará el análisis el espíritu de bienvenida propio que merece la llegada de toda nueva herramienta procesal que sirva, sea útil en definitiva, para el logro de la tutela judicial efectiva de los derechos, en tiempo oportuno. Más ello no quita que custodie la aplicación del nuevo instituto procesal un sentido crítico de su regulación toda vez que se presente, en la práctica, como un obstáculo para el logro de aquél objetivo. Consecuencia inmediata será brindar pautas de evaluación sobre la razonabilidad de la norma y la improcedencia de su aplicación mecánica e indiscriminada a “todas las acciones judiciales”, independientemente de la estructura procedimental en la que se porte la pretensión y el grado de posible gravitación e incidencia de la prueba pericial en el convencimiento del juez. Pues, más allá de todo, al juez le corresponde afianzar la justicia, no desalentar su búsqueda.

Fundamentos del legislador. En la introducción del proyecto de ley, el legislador sostiene que los tribunales civiles y comerciales de la Provincia de Corrientes, “se encuentran excedidos por la sobrecarga de causas iniciadas en procura del cobro por Daños y Perjuicios”. Estos procesos, atento al tiempo que insume la producción de todas las pruebas, “con independencia de su resultado, terminan convirtiéndose en una administración de justicia tan demorada, que pierde la esencia que el concepto de Justicia abarca”. Sostiene el legislador que la prueba pericial “es sin lugar a duda la que mayor relevancia adquiere para que el Juez en su Sentencia [determine] la procedencia de los hechos de la demanda y de su contestación, así como la existencia del daño reclamado, la relación de causa y efecto de los hechos denunciados, la justipreciación del daño y en definitiva, la procedencia o no, total o parcial, de la demanda”. Ese panorama, para el legislador “hace relevante proyectar” una reforma al CPCCTes., “que permita a las partes y a los tribunales, llevar a cabo en primer término y con prelación a cualquiera de los otros medios de prueba ofrecida por las partes, que se celebre la prueba pericial”, para que una vez practicada, “el Juez antes de proveer a la restante prueba, convoque a una audiencia de conciliación en los términos del art. 36 inc. 2º del C.P.C.C., para que las partes en conocimiento de los resultados de la pericia, propongan una solución concordada, que de por concluido el pleito. De esta manera se lograría una aceleración en la conclusión del proceso, evitando el dispendio de actividad de los Juzgados y haciendo cesar la incertidumbre y disminuyendo los costos tanto para la justicia como para las partes”.

Antecedentes. Confieso que, en este breve tiempo transcurrido desde la publicación en la Acordada N° 38/09 del STJ, que contiene el texto del nuevo artículo 326 “bis” del CPCCTes., encontrar algún antecedente, sea legislativo, doctrinario o jurisprudencial sobre una norma semejante, no me ha sido posible. Pero si noticias que datan de mediados de 2007 y, más precisamente, de iniciativas legislativas habidas en la Provincia de Buenos Aires. Por ejemplo, en la edición digital del 26 de julio de 2007 de “168 Horas” (www.168horas.com.ar), se lee: “En la Legislatura bonaerense se discuten dos iniciativas que apuntan a frenar las causas judiciales que se les inician a los profesionales de la salud por mala praxis, y una tercera que establece un tope económico a dichas indemnizaciones que los médicos deben afrontar a raíz del daño generado... Por otra parte, los Tribunales Civiles y Comerciales de la Provincia se encuentran sobrecargados de causas iniciadas en procura del cobro por daños y perjuicios. Dentro de las diferentes pruebas que establece el Código Procesal, la prueba pericial es la que mayor relevancia adquiere para que el juez establezca en su sentencia (sic). Frente a ello, otro proyecto de Fox, busca realizar una evaluación pericial anticipada por un perito designado de oficio, con el concurso de los consultores técnicos designados por las partes. Concluida la pericia y resueltas las observaciones e impugnaciones practicadas por las partes, el tribunal convocará a una audiencia de conciliación. De esta manera se lograría una aceleración en la conclusión del proceso, evitando el dispendio de actividad de los Juzgados y haciendo cesar la incertidumbre y disminuyendo los costos tanto para la justicia como para las partes. Dicha prueba pericial anticipada a la producción de las restantes pruebas, permitiría establecer en un mediano plazo la efectiva ocurrencia del daño demandado, la justipreciación de dicho daño de manera casi inmediata y no al cabo de dos años; y la atribución o no de dicha ocurrencia y daño a quien es demandado”.

Nomen iuris. Es importante, entiendo, determinar si la nueva herramienta procesal es en verdad una prueba anticipada, como la denomina el legislador, o bien, algo distinto y por ende con presupuestos de operatividad, efectos y procedimiento, diferentes. Es sabido que la posibilidad de producir prueba anticipada en el proceso civil tiene por finalidad conjurar el peligro fundado de perder una fuente de prueba –por diversas circunstancias–, mediante el dictado de una medida urgente, consistente en la orden de producción y realización de esa fuente de prueba en el proceso, a través del medio probatorio conducente, con anticipación al período procesal de prueba. Es decir, tanto el “temor que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba”, como la producción anticipada a dicho período de prueba, caracterizan la prueba anticipada. Lo de anticipada refiere a la posibilidad de producir la prueba antes del período probatorio, encontrándose iniciado o no el proceso de conocimiento. En este sentido el inc. 2º, art. 326 del CPCCTes., prevé que se podrá pedir la producción anticipada del “Reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos, o el estado, calidad o condiciones de cosas o de lugares”. Por su parte, de la regulación del art. 326 “bis”, no se advierte anticipación alguna en la producción de la prueba pericial, toda vez que, como veremos, la misma debe producirse en el período probatorio correspondiente y no antes del él. Lo que el legislador confunde con anticipación es la “postergación” de la orden y producción de los restantes medios probatorios ofrecidos por las partes que la operatividad del precepto implica. La prueba pericial según el art. 326 “bis”, no se anticipa a nada, sólo posterga la orden y producción de las otras pruebas, hasta tanto sea producida aquella y hasta tanto sea realizada la audiencia de conciliación. Digo que posterga pues hace sufrir un atraso, deja atrasada la producción de otras pruebas, respecto del tiempo procesal en que había de tener sus efectos conforme la regulación “normal” de los procesos de conocimiento. A su vez, también los fundamentos son distintos pues, en el art. 326 “bis” no es el temor de imposible o dificultosa producción de la prueba pericial en el período probatorio un presupuesto de su operatividad, ya que es en el período probatorio y no antes de él en que se la ha de producir, sino que, mas bien, lo que parece darle razón de existencia al instituto –objetivamente considerado– es la incidencia que el resultado de la prueba pericial producida –pendiente de orden y producción el resto de la prueba– podrá tener en la voluntad de las partes con el fin de llegar a una conciliación y, eventualmente, en la voluntad del juzgador de decidir conforme al dictamen pericial. Por esto y lo que diré más adelante, considero que la razón del instituto se encuentra en la gran relevancia, preponderancia y mayor incidencia en resultado final del litigio, de la prueba pericial ofrecida por las partes. De allí que la considere y denomine como la “prueba pericial prevalente”.

Procesos de conocimiento. Si bien, como hemos visto en los antecedentes, la iniciativa nace como una de las reformas ensayadas para “terminar” con los procesos judiciales por mala praxis médica, el legislador en sus fundamentos no expone tal objetivo ni circunscribe la operatividad del nuevo precepto a los procesos donde se ventilen aquellas cuestiones, es decir, la mala praxis médica. Refiere sí, en los mencionados fundamentos, a un campo más amplio de aplicación cual es el de los procesos por daños y perjuicios. Pero en definitiva, en el texto proyectado y sancionado como art. 326 “bis”, ubicado en la Parte Especial, Libro Segundo “Procesos de conocimiento”, Título I “Disposiciones generales”, Capítulo II “Diligencias preliminares”, del CPCCTes., su aplicación se extiende –por omisión de toda disposición que lo limite a los procesos por daños y perjuicios – a “los procesos de conocimiento”. Por otra parte, recuérdese que el legislador trata el instituto –erróneamente a mi criterio– como una suerte de “prueba

anticipada”, disponiendo el art. 326 que las mismas pueden ser solicitadas por los que sean o vayan a ser partes “de un proceso de conocimiento”. A mi criterio, el ámbito de aplicación del art. 326 “bis” comprende menos de lo que su texto parece indicar cuando dice “En todas las acciones judiciales” y más de lo que sus fundamentos parecen determinar. En efecto, por un lado, excede el ámbito de los procesos por daños y perjuicios, pero por el otro se limita a los procesos de conocimiento, dejando fuera de su alcance a los procesos de ejecución, por ejemplo. A su vez, interpreto que debe tratarse de acciones judiciales portadoras de pretensiones principales, con lo que descartamos su aplicación en los incidentes, pues son éstas contingencias que pueden o no acaecer en el trámite de los procesos de conocimiento, y cuya particular regulación de la etapa probatoria (arts. 181, 182 y 183, CPCCTes.) –donde por ejemplo no se admite la intervención de consultores técnicos–, encuentro manifiestamente incompatible con la operatividad de la prueba pericial prevalente.

¿Cómo aplicar el art. 326 “bis” en el proceso ordinario? Según la norma que estudiamos, el juez debe proveer la prueba pericial ofrecida por las partes, “una vez contestada la demanda por los emplazados”. Pero, no sólo que debe ser contestada la demanda por los emplazados, sino que también debe haber fundamento suficiente para proceder a la apertura de la causa a prueba. Esto es, como lo dispone el art. 359, “siempre que se hayan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiere conformidad entre las partes”. Es decir, la aplicación del art. 326 “bis”, supone, en primer lugar, la apertura de la causa a pruebas en mérito de existir hechos conducentes alegados y controvertidos. Por otro lado, el hecho que el nuevo art. 326 “bis” desconcentre la producción de la prueba, no implica que suceda lo mismo con su ofrecimiento. De allí que en el proceso ordinario, deba ofrecerse en un mismo tiempo toda la prueba “dentro de los primeros diez días” del plazo de prueba fijado por el juez, aún cuando el ofrecimiento contuviere la prueba pericial prevalente. Por supuesto que, acto seguido, el juez proveerá sólo la prueba pericial prevalente, postergando la decisión sobre el resto de los medios probatorios para una vez concluido el procedimiento que regula el citado precepto y, en tanto y en cuanto resultare negativo el intento conciliatorio entre las partes, o se frustrare por el motivo que fuere la producción de la prueba pericial prevalente. Finalmente, por los motivos que doy más adelante, considero que la prueba pericial prevalente debe ser proveída y producida en el cuerpo principal del expediente, donde también serán agregados los escritos de ofrecimiento, quedando sujeta la formación de los cuadernos de prueba –en su caso–, al desenlace de aquélla.

Al igual que en el proceso ordinario, en los procesos sumario y sumarísimo, con la particularidad de que la prueba pericial prevalente debe ser ofrecida por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, habiéndose alegado hechos conducentes y encontrándose éstos controvertidos, el juez proveerá la prueba pericial prevalente y postergará la fijación de la audiencia del art. 489 en que tendrá lugar el resto de la prueba –también ofrecida en el momento procesal oportuno–, así como la fijación de un plazo para la producción de las demás pruebas que no deban rendirse en la mencionada audiencia. La alteración que en estos tipos de procesos produce la aplicación lisa y llana del art. 326 “bis” es importante y merece una toma de posición concreta por parte del juez, la que tomo en la tercera parte de este trabajo.

Prueba común. La operatividad del art. 326 “bis” del CPCCTes., exige que la prueba pericial prevalente sea común a los intereses de las partes. El texto del precepto requiere que “las partes hayan ofrecido la prueba pericial”. Destaco la literalidad del texto pues

el que fue sancionado difiere en este aspecto de los fundamentos del proyecto, en el cual puede leerse: “Este proyecto podría insertarse dentro de la normativa procesal con el número 326 “bis”, mediante una norma que establecería obligatoriamente, que ofrecida la prueba pericial por una o por ambas partes...” Es decir, mientras que los fundamentos del legislador hacían referencia a la posibilidad de proveer la prueba pericial prevalente habiendo sido ofrecida la prueba por ambas partes o por una de ellas, el texto del artículo en análisis refiere al ofrecimiento de “las partes”. Pero no solo el texto de la ley y su diferencia con los fundamentos del legislador me convencen de la conclusión que expongo, sino también en la poca o nula incidencia que podrá tener el resultado de una prueba pericial en la voluntad conciliatoria de aquella parte que no la ofreció ni manifestó su intención de participar en su desarrollo, cuando no en el caso de que hubiere manifestado expresamente no tener interés en la pericia (art. 478, inc. 2, CPCCTes.) Esto así aún cuando se considere la prueba pericial ofrecida por una sola de las partes como preponderante o fundamental para convencer al juez de una decisión determinada, pues en nuestro caso el objetivo inmediato de la prueba pericial prevalente es el de incidir en la eventual voluntad conciliatoria de la parte contraria y no en la del juez para decidir con su resultado y anticipadamente el pleito, luego de haber manifestado aquélla su interés en el resultado de la prueba pericial, sea habiendo ofrecido la misma prueba, sea habiendo propuesto puntos de pericia a la ofrecida por la contraria.

También me convence del carácter de prueba común de la prueba pericial prevalente, la circunstancia de que ésta posterga en el tiempo y, en principio, sin plazo prefijado, el derecho constitucional de probar sus alegaciones a la parte contraria a la oferente, postergación que se manifiesta como irrazonable cuando se lo hace en vista de una posible conciliación a la que llevaría el resultado de una prueba pericial que no le interesa a la parte no oferente. Por otra parte, si la prueba es común no habrá que resolver el problema de la negligencia en la producción de la prueba pericial prevalente o de su desistimiento unilateral. A la misma conclusión se llega si se interpreta que la producción de la prueba pericial prevalente implica la paralización del inter procesal normal, traducido en la postergación de la producción de los estantes medios probatorios y en la suspensión del plazo probatorio correspondiente. Así pues, la prueba pericial prevalente significaría una suspensión convencional del plazo probatorio, al que arriban las partes mediante el manifiesto interés en el resultado de la prueba pericial prevalente, sujetando a dicho resultado y al desenlace negativo de la posible audiencia de conciliación, la prosecución normal del proceso con la orden de producción de los restantes medios probatorios. Finalmente, en conclusión, hago notar que el art. 326 “bis”, prevé la posibilidad de que las partes arriben a un acuerdo conciliatorio “con los resultados de la pericia”. Entiendo que resta probabilidad cierta y razonable del acaecimiento del acuerdo si éste será procurado “con” el resultado de una prueba pericial respecto de la cual la parte no oferente ha manifestado –aún implícitamente– su desinterés, y el cual, en definitiva, tendrá que ser valorado por el juez con los demás elementos de convicción que procurará aportar la contraria y que el juez despachará de considerar los medios ofrecidos como pertinentes y admisibles; en ese caso, el proceso se verá paralizado para la parte que no interviene en la producción de la prueba pericial y alterada la igualdad de las partes en tanto que una de ellas (será la demandada generalmente) maneje los tiempos procesales mientras que la otra vea postergado el momento de producir los medios probatorios que le interesan. El juez estaría haciendo exactamente lo contrario a la conducta impuesta por el art. 36, inc. 1 del CPCCTes., pues ordenar la producción de la prueba pericial con los efectos previstos por el art. 326

“bis”, cuando ella sea ofrecida por una sola de las partes, significaría tomar una medida que paralizaría el procedimiento imponiendo la discontinuidad en su máxima expresión, postergando la producción de los restantes medios prueba y, finalmente, alterando la igualdad de las partes en el proceso (art. 34, inc. 5, c), CPCCTes.).

Preponderancia de la prueba pericial. Lo central en mi opinión, tratándose de una prueba común, es que, además, resulte trascendental y con preponderancia suficiente para incidir inmediatamente en la voluntad conciliatoria de las partes y mediatamente en la voluntad decisoria del juez. En otras palabras, debe intentar probarse con ella un hecho o hechos fundamentales, centrales y complejos que requieran de la opinión especializada del experto para su determinación. No cualquiera prueba pericial común ofrecida en todo proceso de conocimiento, tendrá el trámite y los efectos previstos por el art. 326 “bis”: tendrá que portar su eventual resultado, poder persuasivo suficiente, sea para que las partes decidan no seguir con el proceso y conciliar de acuerdo a las posibilidades que ellas mismas interpreten les brinda aquél resultado, sea para decidir en definitiva por el juez. Por ejemplo, en un proceso por el cobro de dinero en concepto de daños y perjuicios provocados por una defectuosa cirugía plástica, y en el que reclamare el actor entre otros rubros el daño psicológico, la prueba pericial psicológica aún común tendiente a probar (en el caso del actor) o a descartar el progreso sólo de ese rubro (en el caso del demandado), no tendrá el efecto de la prueba pericial prevalente sino el de la prueba pericial común. Pero no se crea que aún tratándose de prueba pericial prevalente, preponderante, ofrecida por ambas partes en un proceso de conocimiento, o en cuya producción ambas partes han manifestado interés, será el dictamen pericial el que decida el litigio. Es que, si bien al juez “no puede exigírsele que posea una ciencia superior a la del perito, en cambio, debe controlar el grado de aceptabilidad en el plano del conocimiento común de los nuevos métodos científicos, o bien la racionalidad del procedimiento seguido por el perito. De lo contrario, la regla de la no vinculatoriedad del dictamen pericial de hecho se invierte si el juez acepta indeliberada y acríticamente sus conclusiones. La decisión depende, entonces, más de los criterios técnicos que maneja el experto que del propio convencimiento del juez. Semejante desnaturalización del proceso conduce, según lo denuncia el ilustre profesor italiano [por Denti], a la ilusión de proyectar el advenimiento de la fase ‘científica’ de la prueba, como la época del rigor que sucedería a la del sentimiento, o derechamente al peligro de transformar el proceso en una suerte de laboratorio, dominado por la técnica y neutro respecto de los valores que están en juego en la controversia y en los cuales se reflejan las valoraciones de la sociedad entera. Se terminaría por instaurar una suerte de autoritarismo moderno de tipo tecnocrático, quizá peor que el que caracterizaba la época de las pruebas irracionales y de las pruebas legales” (BERIZONCE, Roberto O., Control judicial de la prueba científica, en Revista de Derecho Procesal, vol. 2005-2, Prueba – II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 162/163; ver del mismo autor La prueba científica, en La prueba en el proceso judicial, Eduardo Oteiza (Coord.), Asociación Argentina de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 345 y ss.).

(*) César Rafael Ferreira, Juez Civil, Comercial y Laboral –Sustituto–, Monte Caseros, Ctes.