

POSICIÓN DE LA CNC EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO PARA LA DESIGNACIÓN JUDICIAL DE PERITOS

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en su sesión de 3 de julio de 2013, ha aprobado el presente Informe de Posición, mediante la cual emite una propuesta de redacción del artículo 341 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

La CNC considera pertinente dirigir a las Administraciones Públicas competentes esta propuesta de modificación normativa, dirigida a suprimir las restricciones a la competencia efectiva derivadas de la aplicación de este precepto legal y otros análogos que puedan existir¹. Dicha pertinencia queda reforzada por el análisis realizado en el Informe sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios².

El presente informe se adopta en ejercicio de las competencias de la CNC de promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados que le atribuye el artículo 26³ de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

I. ANTECEDENTES

La configuración del mercado de peritaje judicial, previsto en el artículo 341 LEC⁴ supone una excepción legal a la libre determinación de la oferta en una economía de

¹ A modo de ejemplo: el artículo 135 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT).

² Ver también: IPN 100/13 sobre la Propuesta de Normas Generales sobre el Registro de Peritos Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos

³ La CNC continúa ejerciendo la competencia del artículo 26 de la Ley 15/2007 según lo indicado en la Disposición Transitoria tercera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁴ **Artículo 341. Procedimiento para la designación judicial de perito**

“1. 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. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo.

2. Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona.”

mercado. La CNC considera que la regulación de los referidos preceptos ha de ser revisada a la luz de la Directiva de Servicios y sus normas estatales de transposición⁵ con la finalidad de evitar o reducir los obstáculos a la libre competencia en el mercado de servicios profesionales que resulten innecesarios o desproporcionados.

En el *Informe sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios* (en adelante Informe de Colegios) se analizó la problemática del mercado de peritos judiciales desde la perspectiva de competencia. El principal obstáculo a la competencia evaluado radicaría en la exclusión de profesionales no colegiados de la lista de peritos. Ello se debe, en principio, a una redacción del artículo 341 de la LEC en la que se otorga una preferencia a los Colegios en la aportación de listas a los órganos jurisdiccionales, que podría derivar en la elaboración de las referidas listas exclusivamente con sus colegiados en virtud del artículo 5 h) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (en adelante LCP), excluyendo tanto a colegiados de otros colegios como a profesionales no colegiados.

El Informe de Colegios recalca:

*“A este respecto, es fundamental la consideración de que **la colegiación no es un requisito imprescindible para el peritaje**, pues, por un lado, el propio artículo 341 de la LEC prevé el procedimiento a seguir cuando no exista Colegio Profesional, situación en la que las listas de peritos estarán formadas necesariamente por profesionales no colegiados; y por otro lado, el artículo 340 de la LEC, que establece los requisitos para ser perito, no prevé como condición la colegiación sino únicamente la titulación, cuestión sobre la que ya se ha pronunciado la CNC en el pasado⁶.”*

La recomendación Sexta de dicho informe indicaba que:

“En caso de mantenerse actividades profesionales en las que la colegiación no sea obligatoria, evitar que los Colegios Profesionales mantengan privilegios que provoquen distorsiones a la competencia efectiva.

⁵ Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y Ley 25/2009 de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

⁶ En la Resolución de la CNC de 9 de febrero de 2009 en el expte. 637/08, Peritos/Arquitectos de la Comunidad Valenciana, al valorarse los requisitos exigidos por la LEC para ejercer como perito judicial (FD Tercero), se recuerda que el artículo 340, apartado 1, de la LEC tan sólo establece que *“deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste”* cuando se trate de títulos profesionales oficiales, y concluye que *“La norma legal en este punto no va más allá, dando a entender que cumplidos estos requisitos, tanto las partes como el juez o el tribunal pueden elegir entre aquellos peritos que legalmente puedan serlo y que oferten sus servicios en el orden de un procedimiento judicial civil.”* Adicionalmente, la Resolución explicita a continuación que, salvo los requisitos de contar con la titulación oficial requerida y, en caso de que la colegiación sea obligatoria para el ejercicio profesional, estar colegiado, *“la LEC no explicita ningún otro criterio para la “ordenación” a cargo del Colegio Profesional, más allá de estos requisitos.”*

...

Se recomienda asimismo al Gobierno que clarifique la legislación en materia de peritos judiciales para evitar interpretaciones interesadas de la conjunción de los artículos 340 y 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 5.h de la Ley de Colegios Profesionales que puedan utilizarse para producir restricciones de la competencia. En concreto, se recomienda:

- 1. Modificar los artículos 340 y 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para recoger expresamente la obligación de los juzgados de tener en cuenta las listas de peritos judiciales no aportadas por los Colegios Profesionales, en los casos en que la colegiación no sea requisito de ejercicio de la profesión.*
- 2. Modificar el art. 5.h) de la Ley de Colegios Profesionales para prever expresamente que, en las profesiones sin colegiación obligatoria en alguna demarcación, las listas de peritos elaboradas por los Colegios deban permitir el acceso en igualdad de condiciones tanto a profesionales colegiados como a los no colegiados.”*

Por otro lado, el mecanismo de designación de peritos judiciales del artículo 341 LEC se ha regulado por parte del Consejo General Poder Judicial (CGPJ) mediante dos textos: **la Instrucción 5/2001, de 19 de diciembre, del Consejo, sobre remisión anual a los órganos jurisdiccionales de las listas profesionales para su designación judicial como peritos**, y el **Protocolo de actuación del servicio común procesal para la asignación de peritos judiciales, de 9 de febrero de 2005**.

Asimismo, en el ejercicio de la potestad sancionadora de la CNC destacan una serie de expedientes⁷ anteriores a la transposición de la Directiva de Servicios. De acuerdo con la doctrina en relación con este artículo 341 LEC, la Resolución del Consejo de la CNC S/0136/09, de 17 de agosto de 2009 (Consejo General del Poder Judicial), de forma consistente con la Resolución del Consejo de la CNC de 9 de febrero de 2009, Expediente 637/08 (Peritos/Arquitectos de la Comunidad Valenciana), **abogaba por la confección de una lista de peritos en la que pudieran tener cabida tanto las relaciones de colegiados remitidas por los Colegios como las que se aporten por parte de asociaciones de profesionales, sin que sea incompatible la pertenencia de los peritos a listas distintas**.

El presente Informe de Posición tiene por finalidad proponer una redacción para dicho artículo 341 de la LEC, así como formular recomendaciones para fomentar la eliminación de restricciones a la competencia a la luz de la plena vigencia de la Directiva de Servicios y sus normas de transposición.

⁷ Entre otros, los expedientes S/0136/09 (Consejo General Poder Judicial); S/0048/08 (Unión Profesional y Unión Interprofesional de la Comunidad de Madrid); 637.08 (Peritos/Arquitectos de la Comunidad Valenciana).

II. VALORACIÓN

La transposición de la Directiva de Servicios ha llevado a la revisión de las normas vigentes de forma que se evite el mantenimiento de restricciones a la competencia en los mercados que no estén fundadas en razones imperiosas de interés general debidamente justificadas, y cuando ello sea necesario, deberá atenderse a criterios de proporcionalidad y de no discriminación, para no restringir la competencia más allá de lo estrictamente imprescindible para el cumplimiento del objetivo perseguido.

En este ámbito, el mecanismo diseñado para este tipo de listados, genera el riesgo de crear una conexión entre colegiación y posibilidad de ser designado perito. Para evitar este riesgo para la competencia, las listas de profesionales dispuestos a ejercer como peritos ante los tribunales deberían comprender a todos aquellos profesionales que estén técnicamente capacitados para llevar a cabo la actividad concreta de pericia, de forma que no la posible oferta no se vea restringida mediante la creación de reservas de actividad que sean innecesarias, desproporcionadas o discriminatorias.

La confección de las referidas listas de peritos judiciales no ha de estar restringida ni desde una perspectiva geográfica (por demarcaciones territoriales) ni desde una perspectiva de cualificación (por la colegiación de profesionales), salvo justificación conforme a los anteriores criterios.

En primer lugar, con el fin de evitar el mantenimiento de reservas de actividad discriminatorias, se considera que la designación de profesionales para el peritaje judicial debería realizarse, para cada actividad concreta de pericia, a partir de una lista de profesionales dispuestos a ejercer como peritos, lista que ha de comprender no sólo a los miembros de una profesión colegiada, sino a todos aquéllos que sean técnicamente competentes para llevar a cabo la actividad concreta de pericia de que se trate en cada caso.

Esto supone que no debería atribuirse necesariamente a las profesiones colegiadas la reserva de las actividades de peritaje que caigan dentro de sus posibles atribuciones profesionales, salvo que ello esté justificado por criterios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, en la medida en que dichas actividades, total o parcialmente puedan ser desarrolladas por otros profesionales, ya pertenezcan éstos a otras profesiones colegiadas, ya no pertenezcan a profesión colegiada alguna⁸.

⁸ Ejemplo del primer caso puede ser el de peritajes que puedan desarrollar diversos tipos de ingenieros u otras profesiones científicas; ejemplo de lo segundo podrían ser las tasaciones, que pueden llevarse a cabo perfectamente por sociedades de tasación. No parece a priori justificada la exclusión de estos tipos de operadores de las listas de peritos.

En lo que a las restricciones geográficas se refiere, se recuerda que no existe obligación de estar colegiado en un colegio determinado para poder prestar servicios profesionales en cualquier parte del territorio español (artículo 3.3 LCP)⁹. Adicionalmente, se **destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2013, de 22 de abril de 2013**, en la que se interpreta el artículo 135¹⁰ de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) a la luz de un precepto legal autonómico de desarrollo.

La STC 91/2013 considera insuficiente la justificación a la restricción territorial del derecho a la colegiación que implica el artículo 135, tanto por no aceptar que se trate de un ámbito restringido de actuación de los colegiados, como por resultar del desarrollo de una norma estatal que no limita el derecho en cuestión. Adicionalmente, la Sentencia concluye que, por el hecho de tener que recabar las listas de todos los Colegios profesionales, la eficacia administrativa no se ve menoscabada¹¹.

Por la analogía de los mercados delimitados en los art. 341 de la LEC y 135 de la LGT, se considera que las reflexiones de la mencionada sentencia son extensibles al mercado de peritos judiciales definido por el artículo 341 LEC.

III. RECOMENDACIONES

En primer lugar, se recomienda que los **listados de peritos estén abiertos** a los profesionales que deseen prestar sus servicios sin restricciones geográficas, es decir,

⁹La exigencia de colegiación en el Colegio encargado de la lista también se analiza en el Informe de colegios, como restricción consistente en un cierre del mercado en favor de los colegiados de un colegio profesional.

¹⁰ Relativo a la tasación pericial contradictoria en el ámbito exclusivamente tributario.

¹¹ F.J. 4º: "...Pero sobre todo, en tercer lugar, debe expresamente descartarse que la restricción contenida en el precepto impugnado encuentre su justificación en la mejor eficacia administrativa (art. 103 CE). En efecto, la alegación de que, de no existir la citada limitación territorial, ello supondría la carga para las Administraciones tributarias de cursar una solicitud a todos los colegios no se desprende del propio tenor del art. 64.4 a), precepto que desplaza de hecho esta supuesta carga a los propios «colegios, asociaciones o corporaciones profesionales legalmente reconocidos», que son quienes deberán enviar la lista de colegiados y asociados...En otras palabras, tanto la norma impugnada, como la que se utiliza como término de comparación en las alegaciones (art. 135 LGT) establecen en todo caso el mandato de que, desde la correspondiente Administración tributaria, se solicite a los todos colegios, asociaciones o corporaciones profesionales legalmente reconocidos el envío de una lista de colegiados o asociados. Es decir, en todo caso debe cursarse dicha solicitud a todos los colegios. A partir de ahí, la designación de perito tendrá lugar entre quienes «estén dispuestos a actuar como peritos terceros», siendo además necesaria «la aceptación expresa por el perito elegido por sorteo...No es, en definitiva, razonable, que la falta de restricción del ámbito territorial deba resultar en una carga adicional, sino que en todo caso dicha carga recaería sobre los colegios, pues son éstos los que envían el listado de quienes estén dispuestos a actuar como peritos terceros. Y puesto que no se aprecia la carga que se pretendería aligerar con la norma, en pos del art. 103 CE, tampoco puede admitirse la citada causa de justificación a la restricción de la libertad de colegiación.»

que las demarcaciones, como elemento de organización de los Colegios profesionales o de las asociaciones, por un lado, y de los órganos judiciales, por otro, no supongan una restricción a la competencia. **Todo profesional capacitado y dispuesto a ejercer como perito debería poder ser admitido en todas las demarcaciones.**

En segundo término, se recomienda que la solicitud de los órganos judiciales a efectos del artículo 341 LEC de listas de peritos **no se restrinja innecesariamente a los Colegios profesionales**, sino que **se amplíe también a las asociaciones o entidades de profesionales suficientemente cualificados** para realizar la pericia de que se trate, incluso a profesionales no asociados que reúnan la titulación necesaria, sin que por ello resulte menoscabada la eficacia administrativa de una manera que justifique la exclusión de las referidas entidades no corporativas¹².

La incompatibilidad con la pertenencia a otras listas para poder ser perito judicial se analiza en el Informe de Colegios, donde se mencionan Resoluciones sancionadoras al respecto: el expediente 637.08 (Peritos/Arquitectos de la Comunidad Valenciana) de la CNC¹³, y el expediente SAN 04/2009, Ingenieros Industriales, del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana¹⁴.

Finalmente, se considera que la solicitud de profesionales para su inclusión en las listas ha de hacerse por actividades y no por profesiones colegiadas, para evitar que este sector del peritaje se compartimente por reservas de actividad asociadas a profesiones, de forma que resulten *de facto* incompatibles, evitando que las actividades se vean atribuidas automáticamente a una determinada profesión.

En consecuencia, la CNC considera conveniente una redacción del artículo 341 de la LEC más favorable a la competencia, que no permita establecer reservas de actividad injustificadas en aquellos casos en que profesionales colegiados y no colegiados, que reúnan las competencias técnicas necesarias, puedan realizar la labor pericial, suprimiendo toda referencia a las profesiones colegiadas que pueda ser interpretada como las únicas idóneas para prestar estos servicios. Para ello se propone una redacción del artículo 341 basada en los siguientes principios: (i) que las listas sean elaboradas por los órganos judiciales correspondientes; (ii) que las mismas incluyan a todo profesional que solicitando voluntariamente su inclusión esté

¹² Esta argumentación, por la cual ha de considerarse a todos los profesionales suficientemente cualificados desde una perspectiva técnica para su inclusión en las listas de peritos, es aplicable al artículo 341 LEC y, por analogía, al artículo 135 LGT en lo que se refiere a la determinación de las listas de peritos.

¹³ Se declaró acreditada una infracción del art. 1 de la LDC por el Colegio Oficial de Arquitectos de la Comunidad Valenciana, a raíz de un acuerdo que declaraba incompatible la pertenencia a la lista de peritos judiciales arquitectos del Colegio con cualquier otra lista de peritos judiciales.

¹⁴ Consideró contrarias al artículo 1 de la LDC las advertencias efectuadas por el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de la Comunidad Valenciana a sus asociados sobre su pertenencia a un listado de peritos distinto al del Colegio.

pertinente y cualificado y titulado, con el único límite que establezca en su caso la normativa correspondiente de reconocimiento de capacitación, para ejercer la concreta actividad objeto de la lista, e independientemente de su relación con las organizaciones colegiales, y (iii) que la selección inicial de un perito se realice aleatoriamente.

Propuesta de artículo 341. Procedimiento para la designación judicial de perito

“1. Corresponde a los Secretarios de Gobierno a que se refiere el artículo 464 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la elaboración de las listas de peritos. Dichas listas estarán integradas por toda persona física o jurídica que, reuniendo los requisitos necesarios para la realización de la pericia de que se trate, solicitase su inclusión o, formando parte de la misma, su renovación, conforme al procedimiento previsto en el presente artículo.

2. A tales efectos, en el mes de enero de cada año, los Secretarios de Gobierno anunciarán a través del Boletín Oficial del Estado, Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma y, en su caso, Boletines Oficiales de las Provincias, la apertura de un periodo para la presentación de solicitudes de quienes estén dispuestos a actuar como peritos o de renovación de quienes ya figuren en las listas del año precedente.

Las solicitudes deberán presentarse ante los Secretarios Coordinadores Provinciales para su remisión, una vez concluido el plazo de presentación, al Secretario de Gobierno, a efectos de elaborar los listados definitivos y proceder a su publicación.

3. La solicitud de inclusión en cada lista o su renovación devengará, por los trabajos de verificación de la aptitud del solicitante realizados por la Secretaría de Gobierno, las tasas que se determinen legalmente.

4. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo.

Cuando, por razón de la singularidad de la materia de dictamen no existiese lista de peritos, se solicitará la remisión de una lista a las entidades apropiadas, que deberá estar integrada por al menos cinco personas. La designación se realizará por el procedimiento establecido en el apartado anterior.

Si únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona.”

Por último, cabe precisar que el mecanismo de designación de peritos judiciales del artículo 341 LEC se ha desarrollado por parte del Consejo General Poder Judicial (CGPJ) mediante dos textos: la Instrucción 5/2001, de 19 de diciembre, del Consejo, sobre remisión anual a los órganos jurisdiccionales de las listas profesionales para su designación judicial como peritos, y el Protocolo de actuación del servicio común procesal para la asignación de peritos judiciales, de 9 de febrero de 2005.

La CNC considera que el CGPJ ha mejorado, desde el punto de vista de la competencia, las Instrucciones y el Protocolo¹⁵ respecto a la situación anterior, mediante la aprobación del Acuerdo del CGPJ de 28 de octubre de 2010. En la actualidad distingue los casos en que la pericia exija una titulación de colegiación obligatoria de los casos en que ésta no resulte imprescindible. Como se indicaba en el Informe de Colegios en relación con dicho acuerdo, *“el único requisito establecido por el Tribunal Supremo para formar parte de una lista de peritos es contar con la titulación requerida, y no estar colegiado”*¹⁶.

La modificación de los referidos textos será necesaria en caso de revisión del texto del artículo 341 LEC, como se propone desde la CNC. En todo caso, sería recomendable que el CGPJ eliminara de los textos citados otras limitaciones a la competencia. Por ejemplo, las limitaciones geográficas, al primar unas demarcaciones frente a otras (apartado Sexto.7 del Protocolo¹⁷), o bien la aportación de baremos de honorarios orientativos (apartado Segundo.4 del Protocolo¹⁸); ya que en ambos casos se trata de supuestos de difícil encaje en la vigente LCP¹⁹.

¹⁵ Mediante el Acuerdo de 28 de octubre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica la Instrucción 5/2001, de 19 de diciembre, del Consejo, sobre remisión anual a los órganos jurisdiccionales de las listas profesionales para su designación judicial como peritos y del Protocolo de actuación del servicio común procesal para la asignación de peritos judiciales, de 9 de febrero de 2005.

¹⁶ *“...la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia... únicamente exige como requisito para la designación de peritos la titulación adecuada al peritaje requerido...”*

¹⁷ *“En este caso, tendrán preferencia las listas existentes en los partidos colindantes dentro de la Provincia a los de fuera de la Provincia, las existentes dentro de la Comunidad Autónoma a las de otras Comunidades.”*

¹⁸ *“Las listas contendrán asimismo un baremo orientativo de los honorarios profesionales de las distintas pericias que permita a las partes prever de forma aproximada su coste.”*

¹⁹ Artículos 3.3 y 14 LCP. La Resolución del Expediente S/0048/08 (Unión Profesional y Unión Interprofesional de la Comunidad de Madrid) menciona la inclusión de los baremos como innecesaria en el Protocolo, siendo la Resolución anterior a la transposición de la Directiva de Servicios: *“Los datos anteriores son todos ellos necesarios para la finalidad perseguida de que los jueces dispongan de la información necesaria cuando necesiten designar un perito, pero también prevé, yendo más allá de lo que dispone la LEC, que las listas contengan un baremo orientativo de los honorarios profesionales de las distintas pericias, lo que no es estrictamente necesario para la finalidad perseguida”*.