

Estado Libre Asociado de Puerto Rico
TRIBUNAL DE APELACIONES
REGIÓN JUDICIAL DE SAN JUAN
PANEL IV

MUNICIPIO AUTÓNOMO
DE GUAYNABO

Recurrido

v.

BRITBALL PROPERTIES,
INC. Y OTROS

Peticionario

KLCE201500899

CERTIORARI
procedente del
Tribunal de Primera
Instancia, Sala
Superior de San
Juan

Civil. Núm.
K EF2014-0069
(1003)

Sobre:
EXPROPIACIÓN
FORZOSA

Panel integrado por su presidenta, la Juez García García, el Juez Hernández Sánchez y la Jueza Soroeta Kodesh.

Hernández Sánchez, Juez Ponente.

RESOLUCIÓN

En San Juan, Puerto Rico, a 15 de septiembre de 2015.

La parte recurrente, Britball Properties, Inc. (“Britball”) solicita que revoquemos una *Orden* dictada el 26 de mayo de 2015 y notificada el 1 de junio de 2015 por el Tribunal de Primera Instancia, Sala de San Juan (TPI). Mediante su dictamen, el TPI denegó una solicitud para que le ordenara a la parte recurrida, el Municipio de Guaynabo (“Municipio”), a producir un Informe (“informe”) de una tasación previa sobre una propiedad objeto de un procedimiento de expropiación por ser un trabajo realizado por el perito consultor de dicha parte.

Por los fundamentos expuestos a continuación, se expide el auto de *Certiorari* y confirma la orden recurrida.

I.

El 9 de mayo de 2014 el Municipio presentó una *Petición* de expropiación forzosa de una propiedad inmueble perteneciente a

Britball, localizada en el Barrio Mamey I, del Municipio de Guaynabo.¹ Luego, el 25 de junio de 2014 Britball contestó la petición”.²

Posteriormente, el 4 de mayo de 2015, la recurrente presentó una *Moción Solicitando Orden* requiriéndole a la parte recurrida a producir el Informe de una tasación previa de la propiedad realizado por el Sr. Néstor Algarín, el cual alegadamente fue utilizado por el perito testifical del Municipio, el Ing. Ismael Isern.³

A raíz de esto, el 12 de mayo de 2015, el TPI emitió una *Orden* disponiendo que:

“en cinco días indique peticionaria si el perito Néstor Algarín será utilizado en el juicio. Ello para resolver la controversia conforme lo dispuesto por el Tribunal Supremo en el caso *S.L.G. Font Bardón v. Mini-Warehouse*, 179 DPR 372 (2010)”.⁴

El 18 de mayo de 2015 el Municipio presentó una *Moción en cumplimiento de Orden* en la cual informó:

“que el perito tasador del peticionario en el caso de epígrafe lo es el Ing. Ismael Isern y que no utilizará al Sr. Nestor Algarín aun cuando lo había consultado con anterioridad a la radicación del caso”.⁵

En reacción a ello, el 21 de mayo de 2015 la recurrente presentó una *Moción en torno a Orden* y solicitó, en síntesis, que tienen derecho a conocer el contenido del Informe en tanto: (i) la Peticionaria renunció a cualquier privilegio cuando entregó el informe a su perito testifical y (ii) trata de un documento que estuvo ante la consideración del perito testifical.⁶

Así las cosas, el 26 de mayo de 2015, con notificación del 1 de junio de 2015, el TPI emitió una *Orden*, objeto de revisión, disponiendo que:

¹ Anejo IX del recurso, Págs. 27-40

² Anejo VIII del recurso, Págs. 24-26

³ Anejo VI del recurso, Págs. 11-19

⁴ Anejo V del recurso, Págs. 9-10

⁵ Anejo IV del recurso, Pág.8

⁶ Anejo III del recurso, Pág. 4-7

“A la solicitud de la parte con interés de descubrir sobre el Sr. Néstor Algarín, perito consultado, pero no a ser utilizado durante el juicio, no ha lugar. *S.L.G. Font Bardón v. Mini-Warehouse*, 179 DPR 372 (2010)”.⁷

Inconformes con esta decisión, el 1 de julio de 2015 la recurrente compareció ante este tribunal por medio de un recurso de *certiorari* e hizo los siguientes señalamientos de errores:

Primer error

Erró el TPI determinar *Motu proprio* la existencia de Privilegio.

Segundo Error

Aun asumiendo la existencia de algún privilegio, erró el TPI al denegar el descubrimiento del Informe de Algarín debido a que el Municipio renunció al mismo.

Por su parte, el 21 de julio de 2015 la recurrida presentó una *Réplica* en Oposición a la expedición del recurso. Mediante dicho escrito planteó, en síntesis, que desde el inicio del caso ha planteado su privilegio a negarse a producir el informe del perito consultor Néstor Algarín, consultado antes de la radicación del caso y que no será utilizado. Añadió que la recurrente cuenta con sus propios peritos tasadores y que hay consideraciones de política pública que protegen las opiniones de los peritos que no van a testificar.

Así pues, examinado los hechos de este caso y con el beneficio de los alegatos de ambas partes, procedemos a exponer el derecho aplicable.

II.

-A-

El *certiorari* es el vehículo procesal extraordinario utilizado para que un tribunal de mayor jerarquía pueda corregir un error de derecho cometido por un tribunal inferior. Por generalmente tratarse de asuntos interlocutorios, el tribunal de mayor jerarquía tiene la facultad de expedir el auto de manera discrecional. *Pueblo*

⁷ Anejo II del recurso, Págs. 2-3

v. Colón Mendoza, 149 DPR 630, 637 (1999); *Negrón v. Secretario de Justicia*, 154 DPR 79, 91 (2001). La discreción se define como el poder para decidir en una u otra forma y para escoger entre uno o varios cursos de acción. Significa que el discernimiento judicial deber ser ejercido razonablemente para poder llegar a una conclusión justiciera. Además, el término discreción ha sido definido como sensatez para tomar juicio y tacto para hablar u obrar.

Sin embargo, la discreción que tiene el foro apelativo para atender un *certiorari*, tampoco es absoluta. No significa actuar de una forma u otra haciendo abstracción al resto del derecho, porque entonces sería un abuso de discreción. El adecuado ejercicio de la discreción judicial está inexorable e indefectiblemente atado al concepto de la razonabilidad. *García Morales v. Padró Hernández*, 165 DPR 324, 334-335 (2004); *Banco Popular de Puerto Rico v. Mun. de Aguadilla*, 144 DPR 651, 658 (1997).

La Regla 52.1 de Procedimiento Civil, 32 LPRA Ap. V, R. 52, establece que el recurso de *certiorari* para resolver resoluciones u órdenes interlocutorias dictadas por el Tribunal de Primera Instancia, será expedido por el Tribunal de Apelaciones cuando se recurre de: (1) una resolución u orden bajo la Regla 56 (Remedios Provisionales) y la Regla 57 (Injunction) de Procedimiento Civil; (2) la denegatoria de una moción de carácter dispositivo y; (3) por excepción de: (a) decisiones sobre la admisibilidad de testigos de hechos o peritos esenciales; (b) asuntos relativos a privilegios evidenciarios; (c) anotaciones de rebeldía; (d) casos de relaciones de familia; (e) casos que revistan interés público; y (f) cualquier otra situación en la que esperar a la apelación constituiría un fracaso irremediable de la justicia.

En la Regla 40 del Reglamento del Tribunal de Apelaciones, 4 LPRA Ap. XXII-B, se establecen los criterios que este foro debe

considerar para ejercer sabia y prudentemente su discreción al momento de atender en los méritos un recurso de *certiorari*. Los criterios a considerar son los siguientes:

- A. Si el remedio y la disposición de la decisión recurrida, a diferencia de sus fundamentos son contrarios a derecho.
- B. Si la situación de hechos planteada es la más indicada para analizar el problema.
- C. Si ha mediado prejuicio, parcialidad, o error craso y manifiesto de la apreciación de la prueba por el Tribunal de Primera Instancia.
- D. Si el asunto planteado exige consideración, más detenida a la luz de los autos originales, por los cuales deberán ser elevados, o de alegatos más elaborados.
- E. Si la etapa del procedimiento en que se presenta el caso es la más propicia para su consideración.
- F. Si la expedición del auto o de la orden de mostrar causa no causan un fraccionamiento indebido del pleito y una dilación indeseable en la solución final del litigio.
- G. Si la expedición del auto o de la orden de mostrar causa evita un fracaso de la justicia.

Ninguno de estos criterios es determinante por sí solo para el ejercicio de jurisdicción y tampoco son una lista exhaustiva. *García v. Padró*, supra. La norma vigente es que un tribunal apelativo solo intervendrá con las determinaciones interlocutorias discrecionales procesales del Tribunal de Primera Instancia, cuando éste haya incurrido en arbitrariedad o en un craso abuso de discreción o en una interpretación o aplicación de cualquier norma procesal o de derecho sustantiva. *Pueblo v. Rivera Santiago*, 176 DPR 559, 581(2009).

Para determinar si es el momento apropiado para nuestra intervención como foro apelativo, nos corresponde evaluar la corrección y razonabilidad de la decisión recurrida y la etapa del procedimiento en que se produce. Este análisis también requiere determinar si nuestra intervención ocasionaría un fraccionamiento

indebido o la dilación injustificada del litigio. Por último, debemos recordar que este recurso es de carácter discrecional y que debe ser utilizado con cautela y solamente por razones que lo ameriten. *Negrón v. Secretario de Justicia*, supra, 91; *Torres Martínez v. Torres Ghiliotty*, 175 DPR 83, 91 (2008).

-B-

La Regla 702 de las Reglas de Evidencia, 32 LPRA Ap. VI, regula lo referente al testimonio pericial, cuando conocimiento científico, técnico o especializado sea de ayuda para la juzgadora o el juzgador poder entender la prueba o determinar un hecho en controversia, una persona testigo capacitada como perita, conforme a la Regla 703, podrá testificar en forma de opiniones o de otra manera.

En el caso *S.L.G Font Bardón v. Mini-Warehouse*, 179 DPR 322, 338 (2010), nuestro Tribunal Supremo definió perito como "una persona que, a través de la educación o experiencia, ha desarrollado un conocimiento o destreza sobre una materia de manera que puede formar una opinión que sirva de ayuda al juzgador". Black's Law Dictionary, 8va ed., Minnesota, Ed. Thomson West, 2004, pág. 619.

De ordinario los peritos que sirven como testigos en los procedimientos judiciales son: (1) el perito ocurrencia, (2) el perito general y (3) el perito intermedio. La figura de perito consultor aún no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo en *S.L.G Font Bardón v. Mini-Warehouse*, supra, págs. 338-339, el Tribunal Supremo definió que, "cuando un perito es consultado por una parte, pero no se espera que sea llamado a testificar en el juicio, se le conoce como perito consultor. Black's Law Dictionary, op. cit., pág. 619. Si, por el contrario, el perito ha sido identificado como un testigo potencial, entonces será un perito testigo.

Por su parte, las Reglas de Procedimiento Civil Federal establecen, que como norma general, una parte no puede utilizar los mecanismos de descubrimiento de prueba para lograr que se revelen hechos conocidos u opiniones de un perito que ha sido contratado por otra parte con anterioridad al pleito o en preparación al juicio y el cual no va a ser llamado a testificar. Regla 26(b)(4) de Procedimiento Civil Federal, 28 USCA. Solamente se permite hacer uso de estos recursos en aquellos casos en los que se demuestre que hay circunstancias excepcionales que hagan impráctico, para la parte que solicite que se revele la información, obtener por otros medios hechos u opiniones sobre la misma materia. *Id.* a las págs. 339-340. Quiérase decir que durante el descubrimiento de prueba, los peritos consultores gozan de cierta protección que no ostentan los peritos que van a testificar. La mencionada diferencia se debe a que esos peritos que las partes consultan y que no van a ser sentados a testificar son considerados personas protegidas por la doctrina del producto del trabajo ("work product") del abogado. *Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc.*, 540 F.2d 1215, 1219 (4to Cir. 1976), *S.L.G Font Bardón v. Mini-Warehouse*, supra.

La doctrina del producto del trabajo del abogado establece que las impresiones mentales, conclusiones, opiniones o teorías legales del caso de los abogados están exentas de ser reveladas hacia la otra parte. *Ades v. Zalman*, 115 DPR 514, 525 (1984). Por su parte los consultores y los consejos que hayan ofrecido fundamentados en información revelada durante las comunicaciones privadas entre éste y un cliente o su abogado pueden ser consideradas como "opiniones" cobijadas por esa protección. *In re Cendant Corp. Securities Litigation*, 343 F. 3d 658, 665 (3er Cir. 2003).

Existen varias consideraciones de **política pública** que sostienen la norma que protege las opiniones de los peritos que no van a testificar: (i) alentar a los abogados a que obtengan el conocimiento especializado que sea necesario sin el temor de que su adversario pueda obtener esa información; (ii) evitar la injusticia que pueda surgir al permitir que una parte se beneficie del esfuerzo y los gastos de la otra parte; (iii) impedir que los peritos se cohíban de fungir como consultores por miedo a que su testimonio pueda ser compelido, y (iv) evitar el perjuicio que puede causar a la parte que consultó al perito el que se le permita a su adversario el poder llamar en el juicio al perito que ofreció una opinión desfavorable. *Plymovent Corp. v. Air Technology Solutions, Inc.*, 243 F.R.D. 139, 143 (D. N.J.2007) (Énfasis nuestro).

Es una estrategia común de litigio que los abogados decidan acudir a peritos consultores para evaluar la evidencia disponible y poder llegar a unas conclusiones preliminares manteniendo la protección contra el descubrimiento de prueba. *Oklahoma v. Tyson Foods, Inc.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 72022 at 31 (N.D. Okla. 2009). Si las opiniones preliminares no son favorables para la parte que los consultó, el abogado no va a incluir al consultor en su lista de peritos que van a testificar en el caso. *Íd.* A contrario sensu, si las opiniones son afines con la teoría del abogado sobre el caso, el letrado entonces designará al consultor como un perito testigo. *Id.*, págs. 339-342.

Por su parte, las Reglas Federales de Evidencia regulan en su Regla 502, lo concerniente al Privilegio Abogado-Cliente y el Producto de Trabajo, así como las Limitaciones a la Renuncia de estos privilegios. La Regla 502 establece que la protección del producto del trabajo significa la protección del material tangible (o su equivalente intangible), preparado en anticipación al proceso de

litigación u juicio.⁸ Asimismo, el Comité Asesor de las Reglas (Comité) expresó que la misma tiene dos propósitos principales:

- 1) Ayudar a resolver las disputas en los tribunales acerca del efecto de ciertas divulgaciones de comunicaciones o información protegida por el privilegio abogado-cliente o como producto de trabajo, especialmente las controversias relacionadas a la divulgación inadvertida o a la renuncia sobre esa materia.
- 2) Responde a la queja generalizada de los costos que conlleva en la litigación el proteger la renuncia del privilegio abogado- cliente o de producto de trabajo debido a la preocupación de que cualquier divulgación (no importa cuan inocente o mínima) opere como una renuncia sobre esa materia o una renuncia de toda la información o comunicación protegida, *e.g.*, *Hopson v. City of Baltimore*, 232 F.R.D. 228, 244 (D.Md. 2005)⁹ (**Traducción nuestra**).

Asimismo, dicho Comité indicó que esta Regla busca proveer unos **estándares uniformes y predecibles** dentro de los cuales las partes puedan determinar las consecuencias de la divulgación de una comunicación o información cubierta por el privilegio abogado cliente o la protección del producto del abogado (**Énfasis nuestro**).¹⁰

Por otro lado, el inciso b de la Regla Federal 502 habla sobre la divulgación inadvertida de la información y/o comunicación. El Comité señaló que los tribunales están en conflicto sobre si la

⁸ “Work-product protection” means “the protection that applicable law provides for tangible material (or its intangible equivalent) prepared in anticipation of litigation or for trial”. 28 USCA, R.502

⁹ **ADVISORY COMMITTEE NOTES:** Explanatory Note (Revised 11/28/2007)
This new rule has two major purposes:

“1) It resolves some longstanding disputes in the courts about the effect of certain disclosures of communications or information protected by the attorney-client privilege or as work product--specifically those disputes involving inadvertent disclosure and subject matter waiver.

2) **It responds to the widespread complaint that litigation costs necessary to protect against waiver of attorney-client privilege or work product have become prohibitive due to the concern that any disclosure (however innocent or minimal) will operate as a subject matter waiver of all protected communications or information.** This concern is especially troubling in cases involving electronic discovery. *See, e.g., Hopson v. City of Baltimore*, 232 F.R.D. 228, 244 (D.Md. 2005) (electronic discovery may encompass “millions of documents” and to insist upon “record-by-record pre-production privilege review, on pain of subject matter waiver, would impose upon parties costs of production that bear no proportionality to what is at stake in the litigation”)¹⁰ (**Énfasis Nuestro**).

¹⁰ “...seeks to provide a predictable, uniform set of standards under which parties can determine the consequences of a disclosure of a communication or information covered by the attorney-client privilege or work-product protection”.

divulgación inadvertida constituye una renuncia al privilegio abogado-cliente o al producto del trabajo del abogado. Algunos Tribunales encuentran que para que una divulgación constituya una renuncia esta debe ser intencional. Sin embargo, otros Tribunales entienden renunciado tal privilegio si la parte actuó descuidadamente en revelar dicha información y falló en requerir dicha comunicación de vuelta dentro de un término razonable. Por último, otros tribunales adoptan la posición de que cualquier comunicación u información revelada inadvertidamente constituye una renuncia del privilegio no importa qué medidas se hayan tomado para prevenir tal divulgación. Véase *Hopson v. City of Baltimore*, 232 FRD 228 (D.Md. 2005).¹¹

El Comité añadió que este inciso de la Regla aplica a la divulgación inadvertida realizada a una oficina o agencia federal y que incluye pero no está limitada a una oficina u agencia que está actuando en el curso de su autoridad regulatoria, investigativa o de vigilancia.¹² Dicho Comité determinó que la solución adecuada para el Tribunal federal es aplicar la ley que es más protectora del privilegio y del producto de trabajo.¹³

También, en el caso normativo y vigente sobre la materia en E.U., *Upjohn Company et al. v. United States et al.*, 449 US 383 (1981) (*Upjohn*), el Tribunal Supremo atendió estos privilegios y el mismo ha sido citado tanto a favor como en contra en los tribunales estatales. El caso recalca lo establecido en *Hickman v.*

¹¹ Subdivision (b). Courts are in conflict over whether an inadvertent disclosure of a communication or information protected as privileged or work product constitutes a waiver. A few courts find that a disclosure must be intentional to be a waiver. Most courts find a waiver only if the disclosing party acted carelessly in disclosing the communication or information and failed to request its return in a timely manner. And a few courts hold that any inadvertent disclosure of a communication or information protected under the attorney-client privilege or as work product constitutes a waiver without regard to the protections taken to avoid such a disclosure. Véase *Hopson v. City of Baltimore*, 232 F.R.D. 228 (D.Md. 2005), for a discussion of this case law.

¹² The rule applies to inadvertent disclosures made to a federal office or agency, including but not limited to an office or agency that is acting in the course of its regulatory, investigative or enforcement authority.

¹³ Subdivision (c). In state Proceedings. The Committee determined that the proper solution for the federal court is to apply the law that is most protective of privilege and work product.

Taylor, 329 U.S. 495, 67 S.Ct. 385, 91 L.Ed. 451 en donde se le da una protección especial al producto de trabajo que revela el proceso mental del abogado y que dicho trabajo no puede ser divulgado por simplemente mostrar una necesidad sustancial o la inhabilidad de obtener la misma información por otros medios.¹⁴

En *Upjohn Company et al. v. United States et al.*, supra, la nota al calce número siete (7) esbozó que: “Una parte podrá obtener el descubrimiento de documentos y objetos tangibles descubribles bajo la subdivisión b1 de esta regla y preparado con anticipación al proceso de litigación o juicio, por otra parte o por un representante de la otra parte (incluyendo su abogado, consultor, fiador, garantizador o agente) sólo al demostrar que la parte que solicita el descubrimiento tiene una necesidad sustancial de dichos materiales para la preparación de su caso y que este es incapaz de obtener los mismos por otros medios sin enfrentar una dificultad innecesaria. También, en el caso de ordenarse tal descubrimiento, el tribunal debe proteger la divulgación de impresiones mentales, conclusiones, opiniones o teorías legales del abogado así como de cualquier representante de dicha parte relacionada al proceso de litigio.¹⁵ Por último, dicha jurisprudencia resumió que el reconocimiento de un privilegio basado en una

¹⁴ As Federal Rule of Civil Procedure 26, which accords special protection from disclosure to work product revealing an attorney's mental processes, and *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 67 S.Ct. 385, 91 L.Ed. 451, P. 688, make clear, such work product cannot be disclosed simply on a showing of substantial need or inability to obtain the equivalent without undue hardship.

¹⁵ “[A] party may obtain discovery of documents and tangible things otherwise discoverable under subdivision (b)(1) of this rule and prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another party or by or for that other party's representative (including his attorney, consultant, surety, indemnitor, insurer, or agent) only upon a showing that the party seeking discovery has substantial need of the materials in the preparation of his case and that he is unable without undue hardship to obtain the substantial equivalent of the materials by other means. In ordering discovery of such materials when the required showing has been made, the court shall protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories of an attorney or other representative of a party concerning the litigation.”

relación confidencial debe determinarse en un análisis “caso a caso”.¹⁶

Por último, en un caso reciente de agosto de 2015 del Circuito de Columbia, el Tribunal de Apelaciones atendió esta materia en el caso de *In re Kellogg Brown & Root, Inc., et al (Kellogg)*, No. 14-5319. El Tribunal apelativo determinó, entre otras cosas, que la Corte de Distrito erró al concluir que un contratista renunció al privilegio de abogado cliente y a la protección del producto de trabajo al poner a disposición unos documentos relacionados a una investigación interna y ligados a la controversia.¹⁷ En este caso el Sr. Barko alegó que KBR, un contratista, y otros sub-contratistas, defraudaron al gobierno de los Estados Unidos al inflar costos mientras administraban contratos militares durante la guerra en Iraq. Durante el descubrimiento de prueba, Barko buscó documentos relacionados a una investigación interna previa al alegado fraude. KBR condujo dicha investigación de acuerdo al código de conducta de la compañía y supervisado por su departamento legal. KBR alegó que la investigación interna había sido conducida para el propósito de obtener asesoría legal y que los documentos de la investigación interna estaban protegidos por el privilegio abogado-cliente. El Sr. Barko defendió que dichos documentos no eran privilegiados y que tenía derecho a descubrirlos.

El Tribunal Apelativo decidió que el uso del examen de justo balance fue erróneo ya que falló en darle peso al privilegio y a la

¹⁶ “the recognition of a privilege based on a confidential relationship ... should be determined on a case-by-case basis”); *Trammel*, 445 U.S., at 47, 100 S.Ct., at 910-911; *United States v. Gillock*, 445 U.S. 360, 367, 100 S.Ct. 1185, 1190, 63 L.Ed.2d 454 (1980).

¹⁷ “ District court erred in concluding that contractor waived attorney-client privilege and work product protection by placing documents related to internal investigation “at issue”.

protección relacionada a los materiales de la investigación interna.¹⁸

Asimismo, *Kellogg* cita un caso anterior del 2014, *In re Kellogg Brown & Root, Inc.*, 756 F.3d 754, 756 (D.C.Cir.2014) y apuntó a que hace más de tres décadas atrás en *Upjohn*, supra, el Tribunal Supremo dispuso que el privilegio de abogado cliente protege las comunicaciones confidenciales de un empleado realizadas durante una investigación interna de la compañía llevada a cabo por los abogados de la misma.¹⁹ En este caso del 2015, aunque se analizó los privilegios en relación a la Regla Federal 612 de escritos de refrescar memoria, el Tribunal Apelativo enfatizó en que la decisión de la corte de Distrito es contraria e irreconciliable al precedente de *Upjohn* e inyecta incertidumbre a la aplicación del privilegio abogado-cliente y protección de producto de trabajo en las investigaciones internas²⁰ (**Traducción nuestra**).

En *Kellogg* se menciona que en general, los agentes y subordinados que trabajan bajo la supervisión inmediata y control del abogado están incluidos en el privilegio de abogado cliente.²¹ Además, destacó que en este caso el material es un producto de

¹⁸ “...there was no basis for the fairness balancing test the district court conducted and, even had there been, the test failed to give due weight to the privilege and protection attached to the internal investigation materials. Fed.Rules Evid.Rule 612, 28 USCA; 31 USCA § 3730 et seq.”

¹⁹ “we noted that “[m]ore than three decades ago, the Supreme Court held that the attorney-client privilege protects confidential employee communications made during a business's internal investigation led by company lawyers.” *In re Kellogg Brown & Root, Inc.*, 756 F.3d 754, 756 (D.C.Cir.2014) (“*In re KBR*”) (citing *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 101 S.Ct. 677, 66 L.Ed.2d 584 (1981)).

²⁰ the District Court found that the same contested documents should be turned over in discovery. We agree that these challenged decisions suffer from the same fundamental flaw: They run contrary to precedent by injecting uncertainty into application of attorney-client privilege and work product protection to internal investigations. See *Swidler & Berlin v. United States*, 524 U.S. 399, 409, 118 S.Ct. 2081, 141 L.Ed.2d 379 (1998); *Upjohn*, 449 U.S. at 393; *In re KBR*, 756 F.3d at 763. Because we find the District Court's orders irreconcilable with binding precedent, we grant the writ and vacate the orders.

²¹ “In general, agents and subordinates working under the direct supervision and control of the attorney are included within the scope of the attorney-client privilege.”

trabajo protegido ya que el mismo es inherente al prepararse con anticipación a la etapa de litigación²² (**Traducción nuestra**).

Finalmente, el Tribunal Apelativo resumió en *Kellogg* que el error de la Corte de Distrito fue claro e indiscutible ya que su decisión podría erosionar la confidencialidad de una investigación interna lo que es contrario a lo resuelto en *Upjohn*. Asimismo, indicó que el Supremo de Estados Unidos ha rechazado el uso del examen de balance justo en los privilegios ya que podría derrotar el propósito del privilegio de que se den comunicaciones honestas con el asesor o consejero²³ (**Traducción nuestra**). Resaltó que el caso de *Upjohn* nos enseña que una orden para producir notas o memos basadas en declaraciones orales no puede ser revelada simplemente con mostrar una necesidad sustancial o la inhabilidad de obtener el equivalente de la información por otros medios.

III.

En síntesis, en este caso la parte recurrente, inconforme con la determinación del TPI, nos solicitó un recurso de *certiorari* en el cual nos planteó dos errores. Señaló como primer error que el TPI determinó *Motu proprio* la existencia de un privilegio. Como segundo error mencionó que aun asumiendo la existencia de algún privilegio, erró el TPI al denegar el descubrimiento del Informe de Algarín debido a que el Municipio renunció al mismo.

²² "...such material is inherently work product protected so long as it is prepared in anticipation of litigation".

²³ The error here was "clear and indisputable" because the outcomes arrived at by the District Court would erode the confidentiality of an internal investigation in a manner squarely contrary to the Supreme Court's guidance in *Upjohn* and our own recent prior decision in this case. See *Upjohn*, 449 U.S. at 393; *In re KBR*, 756 F.3d at 763. The Supreme Court has "rejected use of a balancing test in defining the contours of [attorney-client] privilege" because it would defeat the purpose of the privilege to promote candid communications with counsel in the first instance. *Swidler & Berlin*, 524 U.S. at 408. The District Court's December 17 order compelled production of notes and memoranda based on oral statements that, *Upjohn* itself teaches, "cannot be disclosed simply on a showing of substantial need and inability to obtain the equivalent without undue hardship." 449 U.S. at 401.

Atendiendo los errores en conjunto, por estar íntimamente ligados, reiteramos que en *S.L.G Font Bardón v. Mini-Warehouse*, supra, el Tribunal Supremo claramente definió que cuando un perito es consultado por una parte, pero no se espera que sea llamado a testificar en el juicio, se le conoce como perito consultor. Es decir, en este caso el Municipio en su *Moción de Cumplimiento de Orden* indicó que no utilizaría al Sr. Néstor Algarín aun cuando lo había consultado con anterioridad a la radicación de este caso. El Municipio especificó que para este caso su perito tasador sería el Ingeniero Ismael Isern. Por lo anterior, no se cometió el primer error ya que es evidente que el perito testifical del Municipio en este caso es el Ing. Isern y el perito consultor el Sr. Algarín.

También, debemos recordar que una parte no puede utilizar los mecanismos de descubrimiento de prueba para lograr que se revelen hechos conocidos u opiniones de un perito que ha sido contratado por otra parte con anterioridad al pleito o en preparación al juicio y el cual no va a ser llamado a testificar. Regla 26(b)(4) de Procedimiento Civil Federal, supra. Al igual que ha manifestado el Tribunal Supremo de E.U. en *Upjohn*, en Puerto Rico el análisis ante este tipo de casos debe ser uno de caso a caso. La parte recurrente podría hacer uso del recurso del Informe del Sr. Algarín en caso de que demuestre que hay circunstancias excepcionales que hacen impráctico para este el obtener por otros medios hechos u opiniones sobre la misma materia. En este caso la parte recurrente no ha demostrado una circunstancia excepcional que ponga en posición a este tribunal de ordenar que el Municipio revele una información ofrecida por el perito consultor. Además, nuestro más alto foro en *S.L.G Font Bardón v. Mini-Warehouse*, supra, sostiene la tendencia hacia la protección de los peritos consultores por constituir producto del trabajo del abogado. *Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc.*, supra.

En el caso de autos la comunicación, objeto de esta controversia, se dio durante una deposición llevada a cabo el 19 de febrero de 2015 por la parte recurrente al perito testifical del Municipio, el Ingeniero Ismael Isern Suárez. En dicha deposición a partir de la línea 17 se desarrolla una conversación entre Britball y el Ingeniero Isern, acompañado por el abogado del Municipio el Lcdo. Quiñones Vigo; veamos:

“Britball: Okay. Y en este caso en específico, ¿cómo se hizo el contacto inicial, quién lo llamó para...quién lo llamó para...quién le solicitó la tasación?

Isern: En una reunión que yo estaba, nosotros nos reunimos típicamente todos los martes en la tarde.

Britball: Okay.

Isern: y en una reunión pues no sé si exactamente de Vivian o de Heidi, **una de las consultoras legales**, me dijo, “Mira, necesitamos una propuesta para tasar esta propiedad”.

Britball:Okay.

Lcdo. Quiñones-Vigo (Municipio): Aclara que nos dijiste, nosotros nos reunimos pero no dijiste con quién ni dónde.

Isern: Ah. Bueno, sí. **Típicamente** nos reunimos en el Municipio de Guaynabo todos los martes. Hace tiempo que nos reunimos pero todos los martes la División de Adquisición se reúne.

Britball: ¿Cuándo dice, Heidi, se refiere a Heidi Medina?

Isern:Heidi Medina. Está Vivian...

Lcdo. Quiñones-Vigo (Municipio): Alfonso.

Isern: Alfonso. Está el licenciado Quiñones Vigo, típicamente está Rafy Domenech, que es un representante que tiene Guaynabo allí que trabaja para el Municipio.

Britball: Okay

Isern: **Nos reunimos y discutimos los distintos casos** que están trabajando y no...me piden propuestas, “Mira, vamos a hacer tal cosa, tal proyecto que viene”. Presentamos una propuesta ahí es que...

Britball: ¿Y...

Isern: Así es que surge.

Britball: en este caso específico qué le dijeron o qué se le requirió a usted?

Isern: Honestamente, nada fuera de lo típico. O sea, me dijeron, "Mira, queremos tasar esta propiedad y danos una propuesta".

Britball: Okay

Isern: Y por supuesto me explicaron el proceso que había. O sea, no...este era una propiedad que se había ocupado, sabe, me enseñaran los planos porque todo eso se pidió.

Britball: Okay.

Isern: Sabe, una propiedad que se ocupó para extender el parque de pelota, bla, bla, bla, que se ocupó en tal fecha.

Britball: Umjú.

Isern: Y me explicaron la situación que había y coticé a base de eso para tasarla.

Britball: Okay. ¿Y qué documentos le suplieron a usted en este caso específico?

Isern: Me suplieron el plano de lo que se había adquirido,...

Britball: Okay.

Isern:...ocupado porque ese caso todavía no se había adquirido, lo que se había ocupado. **Me suplieron** una tasación que había de la propiedad que había preparado don Néstor Algarín, me suplieron, si no me equivoco, había una escritura también de la propiedad y pues eso era lo que ellos más o menos...Era el plano que había preparado Enrique Reyes...Quique Reyes, una tasación que había anterior de la propiedad y creo que una escritura o algo que había de la propiedad de lo que íbamos a tasar.

Britball: ¿Y esos documentos usted los conserva?

Isern: Sí.

Britball: Sí. ¿Y usted nos podría suplir copia de todos esos documentos?

Isern: Creo que ya el informe de tasación ustedes lo pidieron bajo...y se le suplió...

Britball: No. Eso...

Britball: Digo. Es un issue de derecho que podemos discutir luego. Pero en la medida que

nosotros tenemos...la medida que el perito lo tuvo y lo tomó en consideración al hacer su informe ya no hay privilegio sobre ese documento y por tanto tenemos derecho a ver...no sé si el compañero tiene una opinión distinta.

Lcdo. Quiñones-Vigo (Municipio): Yo no tengo objeción a eso. Eso pues lo discutiremos en el...

Isern: Pues, cuando se resuelva... si nos autorizan a que lo suplamos, lo supliremos, saber en su momento..." (**Énfasis nuestro**).

De la deposición surge que cuando el Ing. Isern estaba siendo depuesto este expresó lo que había ocurrido en una reunión típica con los consultores legales del Municipio en la cual se discutían casos. Asimismo, el Ing. Isern manifestó que en dicha reunión entre abogados de esa sola parte, fue que se le "suplió" el Informe del Sr. Algarín, como parte de los documentos relacionados a la tasación de la propiedad. La misma parte recurrente expresó en su escrito de *Certiorari* que "no está en controversia el hecho que el Informe de Algarín fue entregado al Ing. Isern en una reunión donde **participaron los abogados internos y externos del Municipio**, como parte del paquete de documentos a ser evaluados por el Ing. Isern para la confección de su informe de tasación" (**Énfasis nuestro**). Aplicando lo establecido en *Upjohn* y en *Kellogg*, entendemos que en este caso la comunicación se dio en un contexto y ambiente protegido entre los abogados del Municipio de Guaynabo solamente. Además, la comunicación es un producto de trabajo protegido ya que la misma se dio y es inherente a una información brindada con anticipación a la preparación de este caso a abogados del Municipio de Guaynabo.

En este caso no surge de la deposición que el Ing. Isern haya basado su Informe en el escrito previo del Sr. Algarín para llegar a sus propias conclusiones como perito testifical del Municipio. De la deposición sí se desprende que el Ing. Isern sí vio el Informe del

Sr. Algarín, entre otros documentos que se le entregaron en la reunión con los consultores legales del Municipio de Guaynabo.

Finalmente, no debemos olvidar que en *S.L.G Font Bardón v. Mini-Warehouse*, se estableció que hay razones de política pública para proteger las opiniones del perito consultor. Estas razones de peso lo son: i) alentar a los abogados a que obtengan el conocimiento especializado que sea necesario sin el temor de que su adversario pueda obtener esa información; (ii) evitar la injusticia que pueda surgir al permitir que una parte se beneficie del esfuerzo y los gastos de la otra parte; (iii) impedir que los peritos se cohíban de fungir como consultores por miedo a que su testimonio pueda ser compelido, y (iv) evitar el perjuicio que puede causar a la parte que consultó al perito el que se le permita a su adversario el poder llamar en el juicio al perito que ofreció una opinión desfavorable. *Plymovent Corp. v. Air Technology Solutions, Inc.*, supra. Lo esbozado por nuestro Tribunal Supremo es cónsono con lo expresado en *Upjohn* y otros casos federales de rechazar el uso del examen de balance justo en los privilegios ya que esto podría derrotar el propósito del privilegio de que se den comunicaciones honestas con el abogado. Asimismo, es congruente con el propósito de la Regla Federal de Evidencia 502 que atiende este privilegio y sus renunciaciones de proveer estándares **uniformes y predecibles** dentro de los cuales las partes puedan determinar las consecuencias de la divulgación o renuncia de una comunicación o información cubierta por el privilegio abogado cliente y/o la protección del producto del abogado.

Concluimos que la solución adecuada en este caso específico es aplicar la ley más protectora del privilegio y del producto de trabajo del abogado, por lo que no se autoriza el producir el Informe del Sr. Algarín por estar protegido al ser el perito consultor y por la comunicación expresada por el Ing. Isern estar protegida

bajo el privilegio abogado- cliente y producto de trabajo del abogado. Por lo anterior, aquí no hubo renuncia del privilegio y por lo tanto el segundo error no se cometió.

IV.

Por los fundamentos expuestos, se expide el auto de *certiorari* y se confirma la orden dictada por el Tribunal de Primera Instancia.

Lo acordó y manda el Tribunal y lo certifica la Secretaria del Tribunal de Apelaciones.

DIMARIE ALICEA LOZADA
Secretaria del Tribunal de Apelaciones