

Capítulo Segundo

EL MEDIO DE PRUEBA Y SU TRATAMIENTO PROCESAL: PRESENTACIÓN, PROPUESTA, ADMISIÓN, PRÁCTICA Y VALORACIÓN

I. Presentación y propuesta del medio de prueba

I.1. Introducción

1. Como norma general la propuesta probatoria tiene lugar en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal, momentos ambos marcados por la oralidad sin perjuicio de la inercia de la LEC/1881 advertida en algunas normas actuales³². A pesar de ello se ha considerado oportuno que el juez acepte minutas de proposición de prueba, sobre todo en función de la complejidad de la propuesta³³. Imagínese un gran número de nombres y direcciones de testigos o complicados extremos técnicos objeto del peritaje. En estos ejemplos se facilita la labor del fedatario, que esquivaría su tarea de apuntador, pues difícilmente repasará u ordenará repasar al funcionario que corresponda el acta audiovisual después del acto a fin de ordenar las citaciones pertinentes. En este tipo de casos apreciaremos un componente escrito dentro del característicamente oral –que igualmente se

32. El artículo 284.1 LEC refiere la “consignación” del domicilio o residencia de las personas que hayan de ser citadas; *sic* Francisco LÓPEZ SIMÓ, *Disposiciones generales sobre prueba*, La Ley, Madrid, 2001, p. 81.

33. Piedad GONZÁLEZ GRANDA, “La regulación de la prueba en la LEC: cuestiones prácticas”, *Tribunales de Justicia*, nº 10, enero 2003, p. 26.

documenta por el fedatario público—. Mientras no exista una sustitución de lo uno por lo otro, regresando con ello a la corruptela de las antiguas instructas, no se encuentran inconvenientes en facilitar la labor de la oficina judicial, por mucho que conste en la grabación del acto aquello que tenga que constar y las minutas entregadas no se introduzcan formalmente en los autos.

2. El momento de introducir un dictamen pericial en el proceso civil es enormemente diverso, mas aunque pudiera parecer complicado y así se ha criticado³⁴, obedece a dos grupos de situaciones que deben distinguirse con facilidad. Unas justificadas en supuestos particularísimos (el peritaje como medio para conocer el contenido o sentido de otro medio de prueba o valorarlo mejor) o incardinados en hipótesis o tiempos procesales con individualidad propia (procesos de objeto indisponible, anticipación de la prueba, cotejo de letras, nuevas alegaciones o nuevos hechos, diligencia final). Otras bajo el régimen general, donde se potencia la agilidad pretendiendo la incorporación de los dictámenes con las alegaciones iniciales de las partes, sin con ello perjudicar la imposibilidad de hacerlo –sea por tiempo o por incapacidad económica– o la designa judicial alternativa. Pero todas las vías previstas no predeterminan que, en el momento procesal oportuno en el que en sentido propio se proponen los medios de pruebas, el del peritaje vaya a ser admitido.

En efecto, conviene subrayar que es radicalmente erróneo afirmar que con los dictámenes emitidos por peritos designados por la parte *ex ante* proceso se asegura la incorporación del peritaje al proceso³⁵. El hecho de que el documento en que se plasman las conclusiones del experto se encuentre en los autos no significa que pueda ser utilizado por el juzgador. Será medio de prueba cuando, en primer lugar, así se proponga, en segundo, el juez lo considere útil y pertinente y, en ter-

34. Lluís MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de la prueba judicial civil*. L.E.C. 1/2000, José María Bosch ed., Barcelona, 2001, p. 335.

35. Joan PICÓ JUNOY, *La prueba pericial en el proceso civil español*, José María Bosch ed., Barcelona, 2001, p. 108. En el mismo sentido, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, (con otros autores), Colex, Madrid, 2000, p. 310 y s.; AAVV (Brosa y Asociados), *Introducción a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Desde la praxis profesional*, José María Bosch ed., Barcelona, 2001, p. 124.

ceros, el *medio de prueba* se practique y se convierta en *prueba* a disposición de la valoración del juzgador.

I.2. Breve referencia al soporte documental del dictamen y su exclusión material del proceso

1. Habida cuenta lo expuesto en el apartado anterior, puede resultar interesante plantear si procede devolver a la parte los documentos no admitidos como medio de prueba documental que, ya constanding en la demanda o la contestación, o presentándose en la audiencia previa o la vista del juicio oral, son propuesta probatoria que se rechaza, la parte recurre en reposición y desestimada ésta hace constar su protesta a efectos de apelación.

De la misma solución participaría el dictamen, en lo que hace referencia a su soporte físico, que es un documento no constitutivo del medio de prueba documental. Veamos las posibilidades que brinda la actual legislación.

Establece el artículo 272 LEC, titulado “inadmisión de documento presentado injustificadamente en momento no inicial del proceso”, que “cuando se presente un documento con posterioridad a los momentos procesales establecidos en esta Ley, según los distintos casos y circunstancias, el tribunal, por medio de providencia, lo inadmitirá, de oficio o a instancia de parte, mandando devolverlo a quien lo hubiere presentado”, añadiendo a continuación la prescripción de que “contra la resolución que acuerde la inadmisión no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de hacerse valer en la segunda instancia”.

2. Si el artículo 272 LEC fuera aplicable a la audiencia previa debería dictarse una providencia y no sería una decisión recurrible, y la inadmisión de prueba documental sí lo es. Se podría entender que la decisión *in voce* del juzgador constituye una providencia, por demás motivada al venir referida a inadmisión probatoria, pero difícilmente se justificaría no recogerla por escrito con posterioridad al acto de la vista preliminar o audiencia previa, incorporando la irremediable, aun

sucinta, motivación. Al margen del absurdo de esta consecuencia, también podría pretenderse distinguir que la inadmisión es recurrible pero no su consecuencia (la devolución física del documento).

Pero el texto del artículo 272 LEC no admite duda cuando hace referencia a la irrecurribilidad de la “inadmisión”, no de su consecuencia. Por consiguiente, y aparte la incongruencia de dictar una resolución escrita (providencia) en un acto oral, una interpretación sistemática impone que como es recurrible, en reposición, la inadmisión de los medios de prueba que la parte proponga en el curso de la audiencia previa, el artículo 272 LEC no puede ser aplicado porque contradice la mencionada posibilidad impugnativa.

3. Téngase presente, además, que en la audiencia previa no nos encontramos en un momento inicial del proceso, pero tampoco en un momento posterior a los procesalmente previstos en la ley, pues la audiencia previa es precisamente uno de los momentos donde pueden introducirse documentos en la causa.

4. Si no hubiera protesta, con o sin recurso de reposición oral previo, no sería posible utilizar la apelación para discutir la inadmisión del medio de prueba documental planteado, por lo que carece de sentido mantener su original en los autos. Sin embargo, la protesta salva la dicha apelación y por consiguiente debe permitirse que la superioridad examine, en su caso, los documentos inadmitidos, y valore sobre la corrección o error del juzgador de primera instancia. Si los mismos no quedan en los autos, o bien se certifican por el Secretario judicial antes de su devolución, o bien se carece de su mínima constancia, si luego en trámite de apelación la parte variara los en su día presentados, difícilmente podría saberse si eran exactamente aquellos que el juez *a quo* rechazó. La certificación genera un trabajo adicional de la secretaria que inclina la consideración hacia una unión sin efecto. Lógicamente el juez no deberá consultarlos para resolver la causa, pues ni se habrán podido utilizar en la vista del juicio ni cabría servirse lícitamente de ellos en la motivación de la sentencia. El único inconveniente reside en el incremento del volumen de los autos, mas si de una cantidad tan importante se trata bien podría abrirse anexo al expediente donde se contuvieran sin así estorbar el manejo ordinario de los autos.

I.3. Hipótesis de prueba pericial anticipada

1. Los supuestos de prueba anticipada consistente en un dictamen pericial se realizarán por experto designado judicialmente (artículo 293 LEC)³⁶. Si se pretende actuar *ex ante* proceso sólo podrá hacerlo el actor, momento en que no se precisa ni abogado ni procurador (artículos 31.2.2º y 23.2.3º LEC). Cuando la anticipación sea intraprocesal procederá el ajuste a la postulación que rija en esa situación concreta, bien la general que prescribe abogado y procurador, bien la especial que no lo hace (artículos 23.2.1º, 31.2.1º LEC).

Algún autor sostiene que también quien se considere potencial demandado es procesalmente capaz para solicitar dicha designa pericial, todo ello en función de la igualdad de armas y de la propia dicción del artículo 293.1 LEC, donde puede leerse que junto con quien pretenda incoar el proceso puede actuar “cualquiera de las partes durante el curso del mismo”³⁷.

2. Anticipar la prueba, como cautela para evitar su imposibilidad por cambio de circunstancias, puede tener lugar antes del momento procesal ordinario —el acto de juicio— pero después de iniciarse el proceso, momento en que será necesario abogado y procurador si el tipo de procedimiento lo hace preceptivo. Y debiera ser esa la interpretación correcta al respecto de la redacción arriba acotada, advirtiendo el supuesto temporal del precepto cuando se dirige a cualesquiera “parte”: *durante* el curso del proceso; sin olvidar que sólo después de iniciado el proceso existen “partes” procesales.

3. En lo que hace referencia a la igualdad de armas y su vinculación natural con el principio de contradicción procesal, no se priva al deman-

36. Cfr. SsAP Salamanca de 5 de mayo de 2003 (EDJ 56263), Madrid (Secc. 14ª) 20 de abril de 2004 (EDJ 120942)

37. Joan PICÓ JUNOY, *La prueba...*, cit., p. 88. También defiende la prueba anticipada a favor del futuro demandado J. SÁEZ GONZÁLEZ, “De la anticipación y del aseguramiento de la prueba (artículos 293 a 298), en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros autores, Antonio María Lorca Navarrete dir.), II, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 1791.

dado para proponer la contraprueba que considere oportuna, por el simple hecho de no actuar anticipadamente al inicio de un proceso que nunca tendría lugar si un sujeto no lo insta, generando el único contexto posible donde tiene sentido la contradicción procesal y la igualdad de armas.

4. Por último, frente al interés “cautelar”, por el temor sobre la pérdida de posibilidades de practicar un peritaje *ex post*, quien sospeche que va a ser demandado (porque haya sido requerido notarialmente con apercibiendo de ser demandado, porque haya conocido una conciliación infructuosa, etcétera) dispone de otros medios –la vía notarial, el peritaje privado– para asegurar la constancia técnica. Si no dispone de recursos económicos para sufragar lo necesario se estudiaría la posibilidad de la justicia gratuita preprocesal; y cuando la participación de un profesional no se permita por otros sujetos en condiciones de impedirlo (por ejemplo acceder a un determinado lugar o reconocer una determinada cosa) no quedará más remedio que interponer la respectiva demanda con la solicitud sobre peritaje correspondiente al tiempo que solicitar medidas de aseguramiento (artículo 297.1 LEC, según los requisitos contenidos en el precepto siguiente). No se olvide que, si procede, se dispondría del indicio extraprocesal que se muestra con aquella negativa, y cualquier constatación de ese obstruccionismo también permitiría al demandado justificar la imposibilidad de presentar un dictamen junto con su escrito de contestación y hacerlo más tarde.

Se destaca la importancia de la realización anticipada del peritaje en pleitos donde los hechos base del enjuiciamiento puede sufrir cambios fundamentales, como ocurre en litigios sobre responsabilidad civil conjunta y solidaria de arquitecto, promotor y constructor al amparo del artículo 1591 CC y, en su caso, artículo 17 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

Debe recordarse, sin embargo, que la prueba anticipada podrá ser repetida en el acto de juicio cuando se solicite *ex parte* y sea posible su repetición (artículo 295.4 LEC), inevitablemente cuando el juez sentenciador vaya a ser distinto del que autorizó y practicó la anticipación de prueba. Si fuese el mismo y la repetición resultase de contenido contradictorio con el obtenido con la anticipación, el juzgador obrará según la sana crítica para ambas prácticas probatorias. Si se trata de jueces distintos es obvio que el sentenciador valorará exclusivamente la prueba inmediada.

I.4. La presentación del dictamen: la regla y las excepciones

I.4.1. La introducción inicial y su imposibilidad

1. Son los escritos iniciales de demanda y contestación el medio fundamental tanto para incorporar o pedir el perito designado por la parte o judicial. En efecto, como regla general los dictámenes de peritos designados por las partes se presentarán con sus escritos iniciales, si bien existen tres excepciones al particular que a menudo se unen a la petición de expertos designados por el juez. Debe recordarse, en general, que en todos los supuestos donde el dictamen pericial no se acompaña con los escritos iniciales, la redacción de estos debe advertirse deficitaria, pues resulta especialmente conveniente servirse del contenido de los dictámenes para redactar la demanda y la contestación. No sólo, sino también para orquestar el aparato probatorio restante y prever la réplica de la contraparte y su oportuno contraataque.

2. La primera excepción tiene lugar cuando la regla no sea posible y así se justifique. Podrá entonces solicitarse la aportación después de la contestación pero antes de la audiencia previa del juicio ordinario, o después del traslado de la demanda pero antes de la vista en el juicio verbal (artículos 336.3, 336.4 y 337 LEC).

Piénsese, por ejemplo, que el dueño de una finca o poseedor de un bien mueble, impide al demandante o al demandado que los peritos por éstos contratados accedan a ello para efectuar el peritaje, precisando la oportuna intervención judicial que se alcanzaría una vez el juzgador admitiese la proposición probatoria como útil y pertinente, resolución motivada que permite el carácter coactivo imposible desde una perspectiva únicamente privada.

Sobre el artículo 339.2 LEC, en relación con el momento formal de proponer medios de prueba, se establece que “si consideraba necesario para acreditar los hechos en que funda su pretensión la práctica de prueba pericial y no disponía de perito para llevarla a cabo, debió en su escrito de demanda solicitar se procediera a la designación judicial de perito. Dado que la parte actora en la demanda omitió toda referencia a la proposición de dicha prueba pericial, su propuesta en el trámite de la audiencia previa ha de considerarse como extemporánea. La necesidad

de practicar prueba pericial surge, no a raíz de las alegaciones realizadas por la parte demandada en el escrito de contestación a la demanda, sino por la propia naturaleza y características de la pretensión deducida. Puede concluirse pues, que estamos ante medios de prueba correctamente inadmitidos en la primera instancia y por tal razón no procede tampoco su admisión y práctica en la segunda instancia...”³⁸.

3. Es sabido que mientras el peritaje no se produce, y al margen de la opción antes mencionada sobre prueba anticipada, para evitar que “conductas humanas o acontecimientos naturales [...], puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas”, y que en su momento resulte imposible practicar un medio de prueba relevante o incluso carezca de sentido su proposición, quien será demandante se encuentra en condiciones de solicitar medidas de aseguramiento, tanto antes como después de iniciarse el proceso (artículo 297.1 LEC: el demandado sólo desde que lo es), sin perjuicio de acordarse una medida de aseguramiento alternativa ofrecida por quien tuviera que soportar la solicitada de contrario (artículo 298.3 LEC).

La petición de aseguramiento se resolverá por providencia si se cumplen tres requisitos: “1º Que la prueba que se pretende asegurar sea posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento. 2º Que haya razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba. 3º Que la medida de aseguramiento que se propone, u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal, pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros” (artículo 298.1 LEC).

4. Si bien el término “imposible” conlleva inevitablemente un sentido absoluto, se sostiene que las justificaciones de imposibilidad no tienen que basarse en impedimentos absolutos, de ahí que ni deba exigirse que el actor haya extremado sus precauciones ni que la imposibilidad no pueda basarse en las dificultades económicas³⁹.

38. SAP Cádiz (Secc. 8ª) de 23 de octubre de 2002, FD 1º (EDJ 66997).

39. Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros autores), Civitas, Madrid, 2001, p. 587.

5. Es claro que al inicio del proceso se suman gastos de abogado y procurador cuando estos sean imprescindibles y no quepa justicia rogada. En fin, que cuando la imposibilidad derive de un déficit económico inicial, difícilmente se solucionará el problema una vez comenzado el pleito.

I.4.2. Los problemas de algunas tácticas procesales

1. A modo de táctica procesal se ha planteado solicitar la designación judicial de perito en los escritos iniciales de la demanda o la contestación cuando éstos se han preparado con apoyo en un peritaje privado de cuyo resultado se está especialmente seguro⁴⁰. Se tiene la esperanza, por consiguiente, de que el resultado de uno y otro peritaje acabe siendo el mismo, sin importar la duplicación del coste económico a satisfacer. No sólo en la medida que se efectuarán dos peritajes sobre idéntico objeto y con igual consecuencia, sino que el gasto del experto *privado* –aquí sí lo es, en sentido propio– no podrá ser incluido como costa procesal por cuanto la vía de utilización en el proceso ha sido indirecta –el auxilio al letrado para la confección de la demanda o de la contestación– y obviamente silenciada.

2. Se corre el riesgo, por supuesto, de que el perito judicialmente designado concluya en forma diversa, argumentando la doctrina antecitada que, para evitar el detrimento probatorio del proponente, un último recurso está en que el letrado tenga que volver a servirse de ese auxilio experto –y no confesado– para contradecir el dictamen pericial en la práctica del mismo y al amparo del artículo 347.1 LEC. Más fácil sería por la vía de las argumentaciones y valoraciones sobre la prueba practicada –imposible en el juicio verbal al no existir conclusiones–, pues ante un buen experto es difícil que las preguntas o solicitud de exposición o aclaraciones pongan de manifiesto quiebras en el dictamen, sin que por demás sea lícito que las preguntas que el letrado plantee no sean tales, sino afirmaciones críticas contra las conclusiones del perito.

40. Joan PICÓ JUNOY, *La prueba...*, cit., p. 108.

3. Antes de todo ello también se ha planteado que el autor del dictamen privado sea citado como experto para criticar el dictamen emitido por otro peritaje *ex artículo 347.1.5º LEC* o como testigo-perito si tuvo contacto directo con el objeto peritado⁴¹. Ninguna de las dos opciones puede aceptarse

4. En cuanto a la intervención de un experto para criticar el peritaje, entendemos que sólo procede en la medida que dicho experto ha sido nombrado perito en la causa, siendo inadmisibles que pueda participar un tercero ajeno al peritaje efectuado a propuesta de alguna de las partes e incorporado al juicio como medio de prueba. No cabría admitir, tampoco, que al amparo del artículo 352 LEC se proponga y admita un peritaje para mejor valorar de un medio de prueba pericial.

No debe confundirse lo anterior con la opción brindada por el artículo 353.2 LEC, donde se permite que la parte solicite la concurrencia al reconocimiento judicial acompañada de una persona técnica o práctica en la materia de que se trate, con traslado de la dicha solicitud a la contraparte por si quiere hacer lo mismo o proponer otros extremos que le interesen plantear en ese examen. Ese técnico o práctico podrá manifestar lo que considere oportuno y así constará en el acta levantada sobre el reconocimiento judicial, pero no se exige ni su juramento o promesa ni su ratificación ni, en fin, el cumplimiento de las pautas propias del medio de prueba pericial. Por consiguiente tampoco podrá ser considerado perito, en sentido estricto, para incluir sus gastos como tal en el momento de tasar las costas procesales.

5. La segunda opción (citación como testigo-perito) se rechaza porque desvirtúa abiertamente el sentido del testimonio y, en particular, de la figura del testigo que también es un experto en determinada materia. Éste es un testigo no preconstituido por la parte que posee conocimientos técnicos, artísticos o científicos que *añade* al testimonio propiamente dicho. No es propio de la buena fe construir un testimonio expresamente, que más adelante no expondría un relato fáctico anudado a valoraciones propias de su ciencia, sino que éstas formarían el auténtico grueso de su participación en el proceso.

41. Joan PICÓ JUNOY, *La prueba...*, cit., p. 110.

Y no se olvide que esa misma doctrina que sustenta la hipótesis planteada defiende la naturaleza auxiliar del peritaje en la medida que el perito no expone *hechos* sino valoraciones expertas sobre ellos, mientras que el testimonio es, en esencia, una forma de relato fáctico.

6. El dictamen del experto judicialmente designado puede retrasarse, pero procedería su entrega antes de la audiencia previa, por lo que la parte estaría a tiempo de proponer ese (falso) testigo-perito. Lo impediría una demora justificada que no provocase la suspensión del señalamiento de esa audiencia, difiriendo la entrega del dictamen más adelante. Y esta sería la regla general si se acogiera la propuesta *lege ferenda* defendida por el mismo autor, por la cual el perito designado judicialmente convendría que lo fuese durante la audiencia previa⁴², en vez de en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación, con independencia de quien sea el solicitante de ese peritaje.

7. Cuestión diversa a la que se acaba de exponer es la prevista en el artículo 380.1 LEC, en relación con los investigadores privados. Según el precepto, “si, conforme al número 4º del apartado 1 del art. 265 [referido a dictámenes periciales que deben acompañar la demanda o la contestación], o en otro momento ulterior, al amparo del apartado tercero del mismo precepto [por alegaciones del demandado en su contestación], se hubiesen aportado a los autos informes sobre hechos y éstos no hubiesen sido reconocidos como ciertos por todas las partes a quienes pudiesen perjudicar, se interrogará como testigos a los autores de los informes, en la forma prevenida en esta Ley”. Este mismo precepto introduce una serie de reglas especiales, a saber: “1ª No procederá la tacha del testigo por razón de interés en el asunto, cuando el informe hubiese sido elaborado por encargo de una de las partes. 2ª El autor del informe, una vez acreditada su habilitación profesional, habrá de reconocer-

42. Joan PICÓ JUNOY, *La prueba...*, cit., p. 113. No sin razón defiende este particular en la medida que en el trámite de audiencia se puede alcanzar una conciliación que haría innecesario un peritaje, o delimitar el objeto procesal de manera que hiciera innecesario un peritaje o cualquier medio de prueba aparte el documental. Un ahorro de costes.

lo y ratificarse en su contenido, antes de que se le formulen las preguntas pertinentes. 3ª El interrogatorio se limitará a los hechos consignados en los informes”.

8. No es difícil concluir que el “testigo de informe” lo es a partir de una aportación a los autos de documentos que contienen informes sobre hechos luego no reconocidos como ciertos por las partes. Ya se habrá introducido en el pleito la base sobre la cual justificar la presencia del testigo.

A este respecto, algún autor ha subrayado que de aplicar literalmente el citado precepto se llegaría a la absurda conclusión de que todo dictamen pericial no emitido por perito designado judicialmente tendría que ratificarse a presencia judicial en calidad de testigo, entrando en contradicción con el artículo 335 LEC⁴³. Argumenta esta doctrina que la referencia al apartado 4º del artículo 265 LEC (efectuada en el artículo 380.1 LEC) es una errata de imprenta y que, en realidad, debería anotar el apartado 5º, donde se refiere expresamente al investigador privado. Se limita de ese modo el actuar del mismo como testigo, cuyo valor depende de su ratificación y de la acreditación de su habilitación profesional, pues la referencia efectuada lo es sobre “informes” y no sobre “dictámenes”, vinculando aquellos a los “hechos” y separando la hipótesis de las valoraciones fundadas en conocimientos especiales (artículo 380.2 LEC)⁴⁴. Con todo, debe aclararse que la intervención de los terceros ajenos al proceso (peritos, testigos) depende de la propuesta probatoria correspondiente y, también, de la consideración jurídica que se otorgue a un documento, sea como dictamen pericial, sea como documento-medio de prueba en sentido estricto. En ocasiones existe cierta confusión sustantiva, pues la tacha propia del perito designado por la parte (artículo 343 LEC) se puede dirigir al testigo, cuando es testigo-perito en aplicación del artículo 380.2 LEC. En el fondo, sin embargo, las causas de tacha no observan excesivas

43. Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 49 y s.

44. El artículo 380.2 LEC prescribe que cuando “los informes contuvieren también valoraciones fundadas en conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de sus autores, se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 370, sobre el testigo-perito”.

diferencias entre testigos y peritos, por lo que la interpolación no provoca inconvenientes reales para la interpretación sistemática.

9. Y diferencia de lo anterior son los documentos que usa el perito, que pueden constituir medios de prueba documental propuesta y admitida, por mucho que no todo el material en manos del experto habrá de serlo necesariamente. Una vez aportado, en su caso, junto con el dictamen, se incorporará a los autos sin por ello alcanzar la aptitud procesal de una prueba documental⁴⁵. No obstante, la valoración judicial también alcanzará los documentos que no son medios de prueba documental propuesta y admitida, en el ámbito concreto de la formación de la convicción juzgadora del peritaje mismo.

A través del medio de prueba pericial puede la parte intentar una aportación de documentos para la valoración de ese perito, cuando los mismos no podrían proponerse como medio de prueba por resultar extemporánea. Y si bien el restrictivo campo de su valoración que acaba de aludirse supone la salvaguarda del sentido preclusivo en la aportación documental a los autos, no deja de existir un riesgo psicológico en la formación de la convicción juzgadora.

I.4.3. El peritaje supeditado a las novedades alegatorias y fácticas y la falta de medios económicos o conveniencia

1. La segunda excepción a la introducción del dictamen en los escritos iniciales se justifica a raíz de alegaciones complementarias –de actor o demandado–, en virtud de alegaciones del demandado en su contestación a la demanda –en este caso por parte del actor exclusivamente–, en función de hechos nuevos o de nueva noticia alegados en la audiencia previa o después de ella pero cinco días antes del acto de juicio –siendo legitimada cualquier parte procesal que lo demuestre– (artículos 338.1, 338.2, 339.2 II, 426.5, 427.3 LEC).

45. Por todas, STS de 29 de mayo de 2001 (EDJ 16934).

2. La tercera y última excepción a la regla general surge cuando por falta de medios económicos se anuncie la necesidad del peritaje por quien se considere titular del derecho a la justicia gratuita y en tal sentido se solicite (artículo 339.1 LEC), o por mera necesidad o conveniencia se haga lo mismo por quien no aparece como beneficiario del derecho de gratuidad (artículo 339.2 LEC).

En el primero de los supuestos la hipótesis se ciñe al perito designado *ex parte*, en el segundo grupo es posible tanto esa designa como la judicial, mientras que el último tipo de casos tratará una designación judicial del experto. Coincide la opción del artículo 339.1 LEC –y acaso la del artículo 339.2 LEC– con los casos de imposibilidad por razones económicas antes planteada en el ámbito de la primera excepción, si bien ahora la insolvencia del sujeto es un elemento expresamente referido.

En todos conviene resolver con cierta agilidad, no sólo para que el sistema de recursos pueda subsanar errores de juicio en el órgano *a quo* a través del remedio que supone la reposición, sino para que la admisión del medio probatorio permita su elaboración y efectiva práctica dentro del proceso en curso.

3. Algún autor añade la evitación del coste del peritaje, ahorro para la parte que aporta un peritaje no admitido⁴⁶. Este supuesto no puede sin embargo compartirse, primero porque nada evita la velocidad de admisión o inadmisión judicial si el peritaje ya está iniciándose o incluso se encuentra acabado extramuros del proceso. El particular deberá satisfacer al experto la tarea encomendada y efectivamente realizada aunque no pueda introducirse en el pleito ni, por consiguiente, participar siquiera del concepto de costas en una eventual condena de las mismas a la contraparte. De otra parte, si el proponente de la pericia espera la autorización judicial para contactar con el experto y ésta no se produce, ningún coste habrá satisfecho aun cuando ya hubiera comunicado con algún profesional para no perder tiempo en la elección del mismo. Y si opera la designación judicial es obvio que, con la inadmisión de la procedencia del peritaje, nunca se produciría aquélla, por lo que un perito imposible de nombrar ningún gasto generaría.

46. Lluís MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos...*, cit., p. 336.

I.5. Entre la alternativa de elección de dictamen o su eventual acumulación

1. Se ha venido discutiendo si las partes deben, necesariamente, elegir entre la alternativa de un dictamen de perito designado *ex parte* o un peritaje por designa judicial⁴⁷, o pueden por el contrario acogerse los dos cumulativamente⁴⁸. Vaya por delante que nos referimos al momento de interponer la demanda o presentar la contestación, pues después de ese inicio pueden sucederse multitud de vicisitudes que, con independencia de los peritajes ya practicados, permitan otros nuevos, tanto a través de la designa de parte como la judicial. Asimismo, no tiene ninguna lógica aludir al carácter dirimente con el que se tilda el peritaje judicialmente designado que se solicita con la demanda⁴⁹, pues en ese momento inicial se desconoce el peritaje de la parte contraria para saber si hace falta dirimir sobre algo. Diferente es la acumulación del peritaje de parte presentado con la contestación y la solicitud de designa judicial de perito, pues en ese momento sí es posible advertir que existen dos peritajes, el que acompaña la demanda y el unido a la contestación, que se contradicen entre sí. Otra cosa es que se admita o no la acumulación, objeto de estudio en el presente apartado.

2. Algunos autores consideran que la limitación o restricción de la solicitud de pericia por designación judicial, para quienes ya aportan un perito propiamente designado, constituye un mecanismo paliativo de la eventual desigualdad económica entre litigantes. En ese sentido la restricción evitará que quien cuenta con un experto –privadamente contratado antes de iniciarse el proceso– ya puede colocarse con ventaja respecto al resto de litigantes, por lo que conviene evitar que duplique el medio de prueba que podría proponer⁵⁰.

47. Por ejemplo, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba *pericial*”, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, II (con otros autores)*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2000, p. 310; Lluís MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos...*, cit., p. 341.

48. Entre otros, Eduardo FONT SERRA, *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 126 y s.; José María RIFÁ SOLER, “Del dictamen...”, cit., p. 1577.

49. Miguel LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 57.

50. Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba *pericial*”, en *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil* (con otros autores), Colex, Madrid, 2004, p. 99.

Eludiendo ese inconveniente se ha defendido que la incompletud del dictamen “de parte” permite justificar la solicitud de uno complementario, a confeccionar por un perito judicialmente designado, todo ello al amparo del derecho a la prueba⁵¹. Es perfectamente posible que la parte cuyo experto no ha podido acabar el dictamen a tiempo, presente aquella parte de la que se disponga y solicite, con la oportuna justificación, presentar más adelante el resto del trabajo pericial por hacer.

3. Nótese que si es posible evitar la presentación *in limine* de todo el dictamen (las excepciones a la regla general), *a fortiori* debe permitirse una entrega diferida de sólo una parte de ese dictamen “privado”. Actuar de esa manera no sólo demuestra la buena fe del litigante, en tanto pudiendo construir su escrito inicial con apoyo en el trabajo pericial ya disponible al tiempo que justificar su entrega posterior, por encontrarse incompleto, lo incorpora desde un primer momento facilitando a la contraparte la preparación de su contradicción al respecto. A su vez, elude el riesgo de que el juzgador no considere justificada la excepción de extemporaneidad y no pueda disponer de la parte del peritaje ya confeccionada desde el principio.

Otra cuestión reside en anunciar un peritaje que ya se encuentra confeccionado en poder del proponente, que reserva su aportación más allá de los escritos iniciales. No bastaría la fecha del dictamen, que puede haber sido entregado más tarde a la parte designante, importando la fecha real en que dispuso del mismo y debió, en aras de la buena fe procesal (artículo 247 LEC), aportarlo al proceso.

La interpretación *a fortiori* no sería aceptable para vulnerar la ley procesal, en el bien entendido que como excepcional que es, la permisión de los supuestos resulta restrictiva. Pero cuando la causa de excepción es idéntica –se trata, igualmente, de una imposibilidad, sólo que parcial– no parece cerrarse obstáculos ante su aplicación.

4. Desde otro punto de vista, pretender que un perito judicialmente designado complete las tareas del experto contratado por la parte, no sólo encarece ostensiblemente el coste de lo que será, en puridad,

51. Joan PICÓ JUNOY, *La prueba...*, cit., p. 107.

un único peritaje, sino que eleva considerablemente las tareas del segundo perito, sin olvidar que el perito judicialmente designado no puede elegirse –salvo acuerdo entre litigantes, inviable con los escritos iniciales–, a diferencia del contratado privadamente. Efectivamente, no es lo mismo que un profesional acabe un trabajo ya empezado sobre un objeto pericial ya conocido, que lo haga un perito venido de nuevo, quien no podrá continuar allí donde lo dejó el anterior sin repasar sus antecedentes o efectuarlos él mismo, sobre todo porque pueden emplear diferentes instrumentos o técnicas de trabajo. Sería normal que acabase por efectuar el peritaje por completo, de principio a fin, en vez de aquella parte incompleta que restaba emitir.

5. También se ha opinado que el artículo 335.1 LEC no es un precepto destinado a resolver el sentido de la disyuntiva utilizada en su redacción (“...podrán aportar el dictamen de peritos... o solicitar, ...que se emita dictamen por perito designado por el tribunal”). Bien puede el texto ofrecer un significado cumulativo, compatible con el artículo 339 LEC y favorable al derecho constitucional fundamental a los medios de prueba previstos en el proceso⁵². Inmediatamente se alerta, sin embargo, que el incremento del coste y el detrimento de la agilidad procedimental que la opción cumulativa supone, aconsejan que el juez exija una muy destacable justificación, difícil en un momento inicial a diferencia de lo que pueda alegarse en la audiencia previa (artículo 427.4 LEC)⁵³. Y la dificultad es especialmente obvia respecto al actor, que siquiera sabe si el demandado estará de acuerdo en el contenido del dictamen presentado con la demanda o si aportará alguno propio o, presentándolo, tendrá igual resultado.

6. En principio no parece argumento sólido denegar un peritaje, sin más, porque ya existe otro con igual objeto. Este modo de actuar no tiene previsión legal y significaría lo mismo que denegar un testimonio, o varios, porque ya existen otros testigos que presuntamente presenciaron los mismos hechos. Ahora bien, ya que se trata de añadir un perito judicialmente designado al peritaje *ex parte*, debe recordarse la unicidad del perito reclamada en el artículo 339.2 III LEC, precepto que se refiere al

52. Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba...”, cit., p. 109.

53. Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba...”, cit., p. 109.

designado judicialmente pero muestra un intento de abaratar los costes que debe extrapolarse en el razonamiento de este problema. Asimismo, la ley prevé expresamente la posibilidad de eludir determinados testimonios, siempre y cuando el juzgador ya haya oído a tres testigos sobre el mismo objeto fáctico y se considere suficientemente ilustrado.

Y nótese que, en ese último caso, no procede la inadmisión del testimonio propuesto que exceda el número, que deberá acogerse si es útil y pertinente. Se trata de que no se practicará el propuesto y admitido, por haberse practicado tres con idéntico objetivo. Y en el momento de admitir el medio de prueba se desconoce hasta si los testigos acudirán al juicio o vista o si, acudiendo más de tres, estos recuerdan algo del particular. Es perfectamente posible que los primeros en testificar para nada sirvan y sea el cuarto o quinto testigo que haya presenciado el mismo hecho aquel que resulte útil a la convicción juzgadora, pero que nunca habría acudido a juicio si de buen principio hubiera operado un criterio numérico ayuno de auténtico significado sustantivo.

1.6. El cotejo de letras

1. Circunstancia particular se genera con la discusión de autenticidad documental en el acto de audiencia previa o en la vista del juicio verbal, momento en que cabe la designación judicial de un perito para cotejar los documentos privados o públicos colocados en entredicho (artículo 349 y 427.1 LEC). Pero este tipo de peritaje dista del sentido cumulativo estudiado y asume las justificaciones necesarias que en aquél no existían.

2. Cuando la autenticidad de un documento privado se niegue o ponga en duda por la parte que resultaría perjudicada de su eventual valoración judicial, se practicará el cotejo de letras a cargo de perito (artículo 349.1 LEC). Nótese que no se discrimina sobre la parte procesal perjudicada, pero la doctrina de los propios actos impide que pueda serlo el propio proponente, sin perjuicio de que la mera incorporación a los autos por acompañar con la demanda o la contestación, o con escrito posterior, un documento privado perjudicial, no obliga a su propuesta probatoria en el momento procesal oportuno. Según el

artículo 324 LEC son documentos privados los que no se encuentran en ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 317 LEC, precepto donde se enumeran los documentos que se consideran públicos.

“1º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales. 2º Los autorizados por notario con arreglo a derecho. 3º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho. 4º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales. 5º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. 6º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades”.

Y la STS de 13 de junio de 1998 establece, a la vista del artículo 1225 CC, que no constituye documento privado el acta de peritaje realizado a instancia de parte, sino prueba pericial extrajudicial preconstituida.

3. A los efectos del cotejo de letras se considerarán documentos indubitados: “1º Los documentos que reconozcan como tales todas las partes a las que pueda afectar esta prueba pericial. 2º Las escrituras públicas y los que consten en los archivos públicos relativos al Documento Nacional de Identidad. 3º Los documentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa. 4º El escrito impugnado, en la parte en que reconozca la letra como suya aquel a quien perjudique” (artículo 350.2 LEC). Si faltasen los anteriores, que deben designarse por el solicitante del cotejo, “la parte a la que se atribuya el documento impugnado o la firma que lo autorice podrá ser requerida, a instancia de la contraria, para que forme un cuerpo de escritura que le dictará el tribunal o el Secretario Judicial. Si el requerido se negase, el documento impugnado se considerará reconocido” (artículo 350.3 LEC), y si todo falla el juzgador valorará la prueba según la sana crítica (artículo 350.4 LEC).

4. También se prevé el cotejo de letras de documentos públicos que carezcan de copia fehaciente o matriz. El artículo 349.2 LEC establece para ello que el “documento no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese expedido o por quien aparezca como fedatario interviniente”. Por su parte, el artículo 1221 CC indica los documentos sustitutos de escritura matriz, protocolo, o expedientes originales desaparecidos.

5. Es el perito calígrafo quien debe indicar cómo confeccionar el cuerpo de escritura indubitado cuando no se dispone de un documento de ese carácter con anterioridad al pleito. Asimismo, no parece posible actuar coactivamente cuando el requerido a escribir un texto libre, a copia o al dictado de juez o secretario, se niegue a hacerlo.

6. El artículo 334 LEC permite que el mismo secretario judicial coteje con el correspondiente original aquellas copias reprográficas cuya reproducción se impugne inexacta. El perito sustituirá al fedatario público cuando así lo solicite una parte, si bien el juez valorará si ello es necesario –peritaje útil y pertinente– en función de la especialidad de las copias de documentos y la efectiva complejidad del cotejo.

7. Por su parte, se niega el uso de las fotocopias en lugar de originales como documentos indubitados, salvo si aquéllas han sido confeccionadas sobre estos últimos una vez ya se incorporaron a los autos y siguen encontrándose a disposición del perito.

8. Los expertos en lenguas distintas del castellano no pueden considerarse peritos. De ahí que los traductores y los intérpretes funcionen bajo un régimen específico ajeno al de la prueba pericial, por mucho que en la actividad de traducción escrita u oral sean expertos (peritos) sin lugar a dudas. La normativa de referencia se recoge en los artículos 231.4 LOPJ⁵⁴ y 142.2 y 143 LEC⁵⁵.

54. V. STC 105/2000, de 13 de abril, que resuelve recurso de inconstitucionalidad contra parte de la reforma de la LOPJ.

55. Sobre la materia véanse AAP Barcelona (Secc. 4ª) 31 de julio de 2001 (EDJ 94671) y SAP Castellón (Secc. 2ª) de 4 de mayo de 2004 (EDJ 193169). En el ámbito penal las SsTC 74/1987, de 25 de mayo, 188/1991, de 3 de octubre.

1.7. Peritaje a través de diligencia final

1. El juego de los artículos 271.1, 286.3 y 435.1.3º LEC permitiría la incorporación tardía a través de la proposición y práctica del peritaje como diligencia final. Encuadradas como dirección material del proceso, la diligencia final es muy limitada, como puede observarse en el planteamiento del legislador: “como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de prueba, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieran podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado”⁵⁶. Y a continuación añade que “la Ley considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere propuesto, así como cualquier actividad del tribunal que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de diligencia y cuidado”, evitando desordenar la estructura procesal o menoscabar la igualdad de la contradicción, sometiéndose a razones de equidad.

2. Bajo las directrices que acaban de apuntarse y junto con una diligencia obligada (la referida en el artículo 309.2 LEC), se prevén las siguientes posibilidades de diligencias finales de prueba: a) hechos nuevos o de conocimiento sobrevenido cuya prueba es útil y pertinente; b) falta de práctica del medio de prueba propuesto y efectivamente admitido; y c) medio de prueba practicado que no dedujo prueba a causa de circunstancias que ya no existen y al margen de la voluntad y diligencia de los litigantes.

3. Por último, dentro del trámite de alegaciones previsto en el artículo 436 LEC (cinco días hábiles) se sostiene la posibilidad de que la pericia acordada como diligencia final pueda contradecirse, aclararse o complementarse, no sólo con argumentaciones o valoraciones escritas sino con el acompañamiento a las mismas de documentación que funcionaría como contraprueba⁵⁷. La cuestión a resolver es si cabe con ello introducir medios de prueba (documentales) cuya presentación se encuentra precluida o no cabe hablar de preclusión si se configuran como un elemento de la intervención contradictoria disponible para la

56. Exposición de Motivos de la LEC, apartado XII, párrafo 12.

57. Miguel LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 161.

contraparte y nacida exclusivamente –y así justificable– en el peritaje solicitado mediante diligencia final. Adviértase además que resultaría fácil confeccionar un peritaje *ex parte*, extraprocesalmente, y unirlo al escrito de alegaciones como documento de apoyo.

1.8. Otros supuestos

Aparte de las posibilidades ya tratadas, y junto con la diligencia final a instancia de parte o de oficio (artículo 435 LEC), el dictamen pericial también puede introducirse en el proceso sin más límite temporal que el hecho de no haberse dictado sentencia cuando se trate de procesos indisponibles (capacidad, filiación, paternidad, maternidad, separación, nulidad y divorcio) actuando el juzgador de oficio (artículo 339.5 y 752 LEC), o cuando se entienda necesario o conveniente para valorar otro medio de prueba ya practicado (artículo 352 LEC). Mientras que en los dos primeros casos el perito será designado judicialmente, en este último supuesto se tratará, en principio, de un dictamen pericial por experto designado por la parte.

1.9. Una cuestión de tiempo

1. Desde el punto de vista de los plazos procesales se sigue el siguiente trámite. Son cinco los días hábiles para designar judicialmente al perito cuando el particular proceda, cinco días para notificar la designación con indicación del derecho a pedir provisión de fondos y otros cinco días para que el experto designado manifieste su aceptación o excusa. En otro período de cinco días hábiles tendrá que aceptar el cargo o alegar razonadamente una justa causa que lo impida. En el supuesto de que acepte, tres días más para pedir o renunciar expresa o tácitamente (si los deja pasar) a la provisión de fondos a la que tiene derecho.

2. El silencio del experto designado durante el plazo otorgado para alegar justa causa impone la aceptación pura y simple, aunque no impide que una causa sobrevenida reabra la posibilidad, ya después del nombramiento y a modo de renuncia.

3. La notificación de la designación tendrá lugar en el domicilio del experto, sea el particular, sea el profesional, que conste o se haga constar a estos efectos –siempre es recomendable optar por el primero–, con la obligación de comunicar el cambio del mismo (artículo 159.3 LEC), deber procesal que se pondrá en conocimiento del experto en su primera comparecencia en el juzgado.

Las partes pueden indicar expresamente un domicilio a efectos de comunicaciones, pero los peritos, al igual que los testigos, no acuden al proceso por sí mismos, de ahí que difícilmente determinen el domicilio en que prefieren ser citados. El perito en particular, si fue contratado por la parte habrá podido disponer con ella lo oportuno y, si deviene de una designación judicial, probablemente basada en las listas de colegiados o asociados entregadas anualmente, a través de ellas se habrá establecido el domicilio oportuno. A su vez, tras una primera asistencia a la oficina judicial podrá escoger aquél que más le interese.

4. Si existiera algún problema en la localización del experto, sea a consecuencia de una primera determinación domiciliar equivocada, sea por un cambio del domicilio sin comunicarlo al juzgado, es posible utilizar la averiguación prevista en el artículo 156 LEC (artículo 159.1 *in fine* LEC). No tendría sentido, sin embargo, alcanzar las últimas consecuencias de este precepto y proceder a la comunicación edictal del artículo 164 LEC.

De resultar infructuoso el primer tipo de comunicación ordenada se alienta la vía del artículo 161 LEC (comunicación por medio de entrega de copia de la resolución o de cédula), mientras que en el artículo anterior se recogen las comunicaciones por correo, telegrama u otros medios semejantes, y en el artículo 162 LEC se regulan las comunicaciones por medios electrónicos, informáticos y similares.

5. Si se solicita provisión, una vez sea aprobada por el juzgador, totalmente o con reducción, se abrirá un plazo de cinco días para consignarla –mejor entregarla– en el juzgado, que puede ampliarse cuando varias sean las partes que deben abonar la provisión y sólo lo haga una de ellas, imponiendo que el juzgador resuelva sobre el particular y a partir de ahí nazcan otros cinco días para la parte requerida del abono no efectuado.

Después procede la entrega de la cantidad provisionada al perito, momento en que materialmente es correcto exigir al experto que empiece a trabajar, por lo que es desde entonces que contarían los dos días de antelación al reconocimiento del lugar, objeto o persona, en tanto el perito debe anunciar el lugar, fecha y hora a las partes para que éstas puedan solicitar estar presentes.

6. Aunque el cómputo total no se verá afectado por los recursos de reposición (cabén frente a cualquiera de las providencias que se han ido dictando en cada paso) en tanto carecen de efecto suspensivo, la suma de días transcurridos no es baladí, teniendo en cuenta, además, que sólo contarán los hábiles y que el mayor y más importante lapso de tiempo no se ha mencionado: el otorgado por el juez para elaborar el dictamen y entregarlo, sometido siempre a posibles prorrogas cuando se encuentren justificadas.

7. Cuando la razón de un peritaje a iniciativa del demandante nace del contenido del escrito de contestación, se sostiene lo excesivo del término previsto –cinco días antes de la celebración del juicio (artículos 338.2 y 427.3 LEC)–, considerando que en esos casos es más oportuno presentar el dictamen antes o durante la audiencia previa al juicio, con apoyo en el artículo 265.3 LEC⁵⁸. De ese modo no se consigue mayor rapidez, pues la presentación posterior no prorroga ningún plazo, al encuadrarse en los ya previstos para el acto de juicio. Cabría pensar, ciertamente, que dada la necesidad de un determinado peritaje, el juzgador señale la celebración del juicio valorando la posibilidad de realizar aquél sin riesgo de que el experto se quede sin tiempo. En este sentido, un juzgado holgado de señalamientos quizás citaría a juicio más tarde de lo que lo hubiera hecho si ya se dispusiera del peritaje. Sin embargo, al margen de que por lo general carecemos de esa relajación de señalamientos en nuestro foro, optar por esa anticipación supone un peligro para la parte designante por-

58. Plantea la duda Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba ...”, cit., p. 102; acogiendo finalmente la preponderancia del artículo 338.2 sobre el 265.3, ambos de la LEC, por la especificidad del primero y porque es más favorable al derecho a la prueba; argumento utilizado por José María RIBELLES ARELLANO, “La prueba”, en *La ley de enjuiciamiento civil tras dos años de vigencia*, (con otros autores), Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial, Madrid, 2003, p. 6.

que el juzgador puede inadmitir su solicitud. El gasto del experto ya se habría producido sin posibilidad de introducirlo en el proceso salvo como útil de asesoramiento para la actuación del letrado, sin que pudiera imputarse como costas procesales a favor de la parte proponente que resultase victoriosa en el pleito. Si se corre el riesgo y ya se dispone del trabajo pericial, las reglas de lealtad procesal, buena fe e igualdad de armas favorecen la idea de que el peritaje se aporte cuanto antes al proceso, de ahí que fuera adecuado proponerlo en la audiencia previa para que en ese mismo instante el juez decidiera su incorporación a los autos o la rechazase. En cambio, presentarlo con antelación a la audiencia previa sería prematuro, pues su justificación se alega oralmente en ese momento procesal, sin que convenga avanzarse al trámite mediante un escrito *ad hoc*. Si así se hiciera procede oír al resto de litigantes antes de decidir, imponiendo un nuevo adelanto de intervenciones –a favor o en contra– más propios de la oralidad de una audiencia previa.

8. Desde la perspectiva del tiempo procesal, cuando el demandante o el demandado solicitan perito designado judicialmente, la designa debe tener lugar dentro de los cinco días siguientes a la contestación de la demanda si se aplica sin más el artículo 339.2 III ó 3.II LEC.

Incumplir el plazo no se considera causa de indefensión sino mera irregularidad procesal formal⁵⁹.

Se defiende, asimismo, que en ese plazo de cinco días el actor pedirá la designa de perito a la vista del contenido de la contestación⁶⁰. No obstante, el particular supondría la preclusión de una potestad que está abiertamente recogida en el acto de audiencia previa (artículos 426 y s. LEC)⁶¹.

9. El tiempo de cinco días constituye un mínimo legal (“...con *al menos* cinco...”), por lo que aquél puede ser mayor, de ahí que en sentido último no se trata de un “plazo” durante el cual pueda presentarse el peritaje, sino un “término”, un momento en el tiempo señalado cinco días antes de

59. SAP Salamanca de 12 de mayo de 2003, FD 2º (BDEJ 190437).

60. Así José María RIBELLES ARELLANO, “La prueba...”, cit., p. 6.

61. Opción que acoge Ignacio CUBILLO LÓPEZ (“La prueba...”, cit., p. 111) en contra del anterior.

la celebración del acto de juicio –el plazo computaría desde ese momento y hacia atrás, hasta aquel en que se acuerda la admisión del medio de prueba–. Ese mínimo deviene fundamental para que el resto de partes disponga del tiempo suficiente para estudiar el dictamen e incorporarlo tanto a sus argumentos sobre el fondo como a la preparación de la práctica del resto de medios de prueba, incluyendo el de la misma pericial, que también puede ser criticada desde el punto de vista formal.

De ahí se ha sostenido que la literalidad del artículo 338.2 LEC no puede aceptarse sin más, pues significaría que entregado en el juzgado con respeto del término aludido, un posterior traslado al resto de partes reduciría ese tiempo, siendo lo esencial que el resto de litigantes disfrute de cinco días como mínimo⁶². Ahora bien, nótese que si la parte aporta el dictamen de peritos respetando la antelación literalmente prescrita, partiendo del entendimiento de que debe existir un traslado *a posteriori*, el mismo dependería de la actitud del resto de partes y de la actuación del órgano judicial. Éste puede comunicar a las partes y a través de sus letrados en el mismo día que recibiese el dictamen, aunque sea a través de teléfono –la vía del procurador añadiría un intermediario y así más tiempo–. Si los meritados letrados no están en condiciones de recoger el dictamen de la secretaría judicial, en aras de la mejor defensa cabría incluso que desde la oficina se transmitiera por fax copia del peritaje, sin perjuicio de que más tarde se acudiera a recoger la copia original. La responsabilidad en la demora de ese “traslado” correría a cargo del órgano judicial y de las partes interesadas en disponer cuanto antes del peritaje, sin que en ningún caso pueda achacarse al proponente del dictamen actitud obstaculizadora o perniciosa presentándolo cinco días antes del juicio.

10. Dentro de las obligaciones del perito se encuentra la comunicación directa con el juzgador al que auxilia, a través de la oficina judicial adonde acudirá el experto –no la parte que lo propuso– para entregar el dictamen, sin que sea obligación del profesional designado entregar copia a las partes, proponente incluida (artículo 346 LEC). Y es el tribunal el que debe trasladar el dictamen a los litigantes, lo que desde un punto de vista lógico tendría lugar inmediatamente, para que

62. Joan PICÓ JUNOY, *La prueba...*, cit., p. 104.

todas las partes dispongan del peritaje cuanto antes y en el mismo momento, si bien esto último dependerá del curso de las notificaciones pertinentes. En resumen, parece inadecuado exigir que el perito deba entregar en el juzgado calculando lo que se tardaría en trasladar efectivamente a las partes, pues ni es su cometido ni podría cumplirlo correctamente al no depender enteramente de él.

Cuestión distinta que la propia parte interesada se ocupe de la presentación del dictámen en el juzgado y opere la previsión del artículo 278 LEC si tuvo lugar traslado de copias ex artículo 276 LEC.

11. En el artículo 169.4 LEC se indica que la ratificación de los peritos se realizará en la sede del Juzgado o tribunal que esté conociendo del asunto de que se trate, aunque el domicilio de las personas mencionadas se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente. Ello no obstante será posible el auxilio judicial en determinadas circunstancias: cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales del perito, o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia del experto citado.

II. El objeto del peritaje

II.1. La necesidad de su determinación

1. El objeto de la prueba pericial participa de los elementos indispensables ya expuestos con anterioridad⁶³. Baste ahora recordar sobre qué recae el medio de prueba: todo posible supuesto fáctico en la aplicación judicial de la norma que conduce a una consecuencia jurídica.

Como planteamiento fundamental, el artículo 281.1 LEC establece que el objeto de la prueba son los hechos relacionados con la tutela judicial

63. V. *supra* Capítulo Primero, epígrafe I, apartado 2.

que se pretende, añadiendo el apartado segundo de ese mismo artículo la eventual *necesidad probatoria* de la costumbre y el Derecho extranjero.

A su vez, *thema probandi* será aquello que debe acreditarse en cada caso concreto para lograr la estimación de la demanda.

2. La propuesta probatoria de un peritaje implica de necesidad la delimitación de su objeto por parte del proponente. Pero más allá del objeto procesal en liza, han de concretarse las cuestiones que se pretende afronte el experto. Si estas especificaciones no tienen lugar, el órgano juzgador ofrecerá a la parte la posibilidad de subsanarlas⁶⁴, advirtiendo que de no hacerlo se expone a la inadmisión del medio probatorio. Para ello no se debe distinguir entre peritos designados por la parte o por el juez, en tanto unos y otros se proponen en el mismo momento y bajo iguales parámetros relativos al objeto pericial. Ocurre que con respecto al dictamen *ex parte* ya incorporado, la delimitación del objeto se habrá efectuado de antemano, al encargar el peritaje extrajudicial, y coincidirá exactamente con el que luego se propone.

Sobre el objeto pericial indica la jurisprudencia que “la prueba pericial ha de recaer sobre unos hechos o datos aportados al proceso para ser valorados y apreciados técnicamente, constituyendo lo antedicho la regla de oro de la prueba pericial en el área jurisdiccional civil; y en el presente caso el Tribunal “a quo” ha actuado muy correctamente cuando ha desechado de la actividad pericial en la instancia, la valoración de unos tiradores intervenidos en un acta notarial sin garantía absoluta de realidad y exactitud, y que no estaban, además, delimitados como objeto de la pericia”⁶⁵.

En relación con lo anterior, recuérdese que no cabe solicitar la ampliación de una pericia cuando aquélla constituya actividad pericial sobre objeto distinto.

3. Se ha defendido que una vez propuesta la necesidad de un peritaje, es el juzgador quien acaba por determinar su objeto, restringien-

64. Cfr. Francisco RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, José María Bosch ed., Barcelona, 2000, p. 243.

65. STS de 12 de abril de 2000, FD 1º (BDEJ 72944).

do el planteado por la parte proponente, indicando los límites de los que dispone el experto o ampliando lo solicitado por el litigante⁶⁶. Es obvio que la restricción no deja de ser una peculiar forma de inadmitir parcialmente la propuesta probatoria, esto es, rechazarla en lo que se considere superfluo o ajeno al objeto del proceso. Más difícil es admitir la determinación de los límites de actuación, salvo si los mismos se entienden, precisamente, como un tipo de restricción objetiva, no en cambio cuando refieren a la metodología, sistema o mecanismos de análisis que consideramos competen en exclusiva al designado experto en la materia, que evidentemente no es el juez.

Podría considerarse, sin embargo, una limitación ordenada hacia consecuencias económicas, por ejemplo eliminando de las opciones del experto determinadas pruebas en exceso caras. Pero esta opción judicial no dejaría de operar como un mecanismo indirecto para reducir la eventual provisión de fondos, cuando a través del mero recorte de la misma, justificándolo en el sentido de que existen otros métodos menos caros, ya sería suficiente. Además, tanto cabe discutir por excesivo el coste del peritaje una vez concluido el proceso, como haberse limitado un determinado coste, al aprobar con reducciones la provisión solicitada, incidiendo en un método que luego se muestre imprescindible y que, habiéndolo utilizado el experto pese a superar la provisión recibida, se percibe a través de la liquidación final.

4. Con respecto a la ampliación, para el juzgador viene expresamente negada en el artículo 347.2 LEC, por lo que sólo cabe por la vía de la petición de otro litigante, salvo en los supuestos propios de procesos de objeto indisponible, donde igualmente cabe la designa de oficio del peritaje todo.

Formalmente se podrá solicitar en el escrito de contestación a la demanda o verbalmente en el acto de la audiencia previa, así como en la misma práctica del medio de prueba pericial en el acto de juicio o vista al que haya comparecido el experto.

66. Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 123; enlazando su conclusión al artículo 339.6 LEC, donde se indica que el juez designará un perito titular por cada cuestión o conjunto de cuestiones que hayan de ser objeto de la pericia.

II.2. Los diversos objetos de peritaje en particular

1. En el marco sustantivo civil, el objeto del peritaje tenderá a trabajar sobre hechos o circunstancias relevantes en la causa. En cuanto a los fines, se buscará tanto verificar la exactitud de alguna afirmación de hecho como verificar y apreciar el hecho mismo, en todo caso pretendiendo determinar su existencia, su causa y sus efectos.

2. El examen recae sobre lugares, objetos o personas, incluso sobre otros medios de prueba. Puede consistir, simplemente, en proporcionar al juez máximas de experiencia (científicas) o principios técnicos para que este último los aplique en el caso concreto para examinar el objeto de que se trate, deduciendo por sí las consecuencias oportunas. Pero queda fuera del alcance del perito la realización de valoraciones jurídicas porque en ningún caso le corresponden.

3. A continuación se repasan las actividades idóneas para los expertos en los ámbitos civil y mercantil, puntuando las que constituyen auténticos peritajes y las que no en el ámbito procesal y, en su caso, las particularidades prácticas de mayor interés.

II.2.1. Derecho civil

a. Capacidad de las personas y filiación

1. La capacidad de las personas impone un tipo de proceso donde viene obligado practicar una serie de pruebas, donde se incluyen aquellos dictámenes “necesarios o pertinentes” (artículo 759.1 LEC).

2. El internamiento forzoso por trastorno psíquico pasa por atender a un tipo de informe psicológico o psiquiátrico referido en el artículo 763.4 LEC, que puede ser anterior o posterior al internamiento hospitalario, variando su régimen. Si es anterior a la autorización judicial, que suele ser lo más común pese a que la actuación judicial *a posteriori* sea excepcional según la letra de la ley, el facultativo actuante que autoriza el ingreso hospitalario forzoso no actúa como perito ni se vin-

cula a ninguna actuación de signo procesal puesto que la intervención judicial nace a continuación, a efectos de confirmar o no la medida urgente de salud mental adoptada sobre un sujeto.

Y puede ocurrir que dado un internamiento voluntario, el interno desee salir del centro psiquiátrico y no obtenga el alta médica, lo que comporta la transformación del internamiento en forzoso. En ese caso el informe médico correspondiente seguiría sin ser un peritaje, pues no se podría esperar a la intervención juzgadora sin tomar una decisión sobre el alta hospitalaria solicitada. Si se produce una solicitud de internamiento forzoso sí que operará un dictamen de experto previo a la decisión del juez, que irremediablemente se apoyará en el resultado del perito, sujeto normalmente adscrito al juzgado actuante. En sentido propio, sin embargo, no se trata exactamente de una prueba pericial, pues para su práctica no se sirve del régimen general de la prueba, a diferencia de lo que ocurriría en un proceso de incapacitación o prodigalidad.

3. La investigación de la paternidad y/o de la maternidad admitida en el artículo 767.2 LEC prescinde, en algunos casos, de peritajes, merced a los indicios de la negativa a someterse a pruebas biológicas, siempre que concurren otras pruebas practicadas en el proceso⁶⁷. Normalmente, sin embargo, es común la pericia en esta materia, siendo de especial credibilidad la biológica, que por sí sola puede llegar a resultar suficiente⁶⁸. En ese caso no puede dudarse de la naturaleza pericial de la prueba.

b. Derecho matrimonial

En aquellos procesos matrimoniales donde deban tomarse medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados procede acordar de oficio, si las partes no lo pidieron ya, un peritaje psico-social a cargo del equipo de expertos normalmente adscrito al juzgado, sobre todo

67. STS de 1 de septiembre de 2004, FD 5º (BDEJ 178149).

68. STS de 2 de julio de 2004 (BDEJ 165581).

cuando está especializado en Derecho de familia. Es por todos conocido el equipo psicosocial que funciona adscrito a los juzgados especializados sobre esta materia, compuesto por un psicólogo y un asistente o trabajador social.

También venía siendo posible el peritaje sobre la capacidad de uno de los cónyuges, cuando se pretendía apoyar la separación o divorcio en su déficit psíquico o, acaso, por la dependencia de drogas tóxicas, alcohol u otras sustancias, lo que con la nueva legislación matrimonial ya es innecesario⁶⁹.

c. Obligaciones y contratos

En el ámbito de la contratación puede destacarse el uso del perito privado (es decir, extraprocesal), para establecer la proporción de la rebaja del precio de la cosa vendida con vicios ocultos (artículo 1486 CC). En otro sentido, dirigido al ámbito de la responsabilidad del experto –no del perito actuante en un proceso judicial–, se prevé en el artículo 1495 CC que “cuando el vicio oculto de los animales, aunque se haya practicado reconocimiento facultativo, sea de tal naturaleza que no basten los conocimientos periciales para su descubrimiento, se reputará redhibitorio. Pero si el profesor, por ignorancia o mala fe, dejara de descubrirlo o manifestarlo, será responsable de los daños y perjuicios”⁷⁰. La responsabilidad deberá dilucidarse, como es lógico, en el seno del procedimiento declarativo ordinario que por cuantía corresponda, pero nada impedirá que el trabajo pericial se haya desenvuelto con anterioridad a la interposición de la demanda.

69. Es lo cierto que en la práctica haya bastado la pérdida de la *affectio maritalis*, por mucho que aparezcan puntuales resoluciones que exijan causas determinadas o que ahonden en la prueba de la ausencia de *affectio* más allá de la mera manifestación de las partes al respecto. La nueva legislación elude el problema al no requerir causa sino basta la voluntad de uno de los cónyuges, y así su declaración para entender justificado el fin de la unión matrimonial.

70. Cfr. SAP Barcelona (Secc. 14ª), 30 de julio de 2001 (EDJ 76842).

d. Derecho de sucesiones

Los peritajes en materia de sucesiones pueden referirse a la incapacidad del testador, como medio de prueba que rompa la presunción de capacidad del testador mayor de 14 años (artículos 662 y ss. CC).

e. En particular, el objeto psicológico de la prueba

1. La prueba pericial psicológica es especialmente versátil, aunque también muy desaprovechada. Los expertos caligráficos pueden trabajar sobre la firma o el texto manuscrito de un testigo o de un litigante, buscar la autoría de anónimos, testamentos ológrafos, contratos, cartas y otros documentos. Se estudiarán las falsificaciones de documentos privados, oficiales o mercantiles, sin perjuicio de la oportuna deducción de testimonio para incoar un eventual proceso penal.

2. Ni el juez civil ni ningún otro puede, a través de su sentido común, concluir sobre la inteligencia, el temperamento, el carácter o las inclinaciones de un individuo con el objeto de probar el error negocial, la captación de voluntad, los motivos contractuales o testamentarios, el marco de la afectividad; materias todas necesitadas muchas veces de una prueba lo más objetiva posible, para lo que no bastan relatos testificales ni por supuesto alegales intuiciones juzgadoras. Las pruebas grafológicas son muy útiles cuando no cabe la exploración directa del implicado por haber fallecido (por ejemplo el causante, aunque se les suele otorgar más valor descriptivo que diagnóstico).

3. De otro lado, la psicología clínica es generalmente útil para determinar el daño moral, a cargo de psiquiatras pero también psicólogos, porque no se trata de buscar dictámenes nosológicos en el sentido médico de la palabra. Pero también se usa para describir rasgos acusados de la personalidad, que puedan influir en la vida de relación del sujeto con otros individuos de su entorno familiar y social; y/o que bloqueen o distorsionan su percepción sobre las cuestiones económicas (error negocial, captación de voluntad, prodigalidad). Particularmente,

en el Derecho de familia procede a menudo el estudio de la personalidad de los cónyuges, adoptantes, los trastornos e incompatibilidades del carácter, aversión sexual, impotencia psicógena, etcétera, en el ámbito de la separación o divorcio, la nulidad matrimonial, la exclusión de la patria potestad, el régimen de visitas a los hijos y otros muchos aspectos.

4. En la técnica probatoria la pericia psicológica sirve para evaluar el testimonio de la parte y de terceros, particularmente en áreas de la sensación, percepción, memoria y emoción, así como para integrar máximas de experiencia y principios científicos.

5. La pericial psicológica también se utiliza para determinar la capacidad de entender y querer, a fin de determinar la capacidad natural para estar en un juicio, en particular para el menor de doce años con “suficiente juicio”. Incluso sería posible servirse del experto para estimar estándares jurídicos, como el del honrado comerciante, el buen padre de familia o el dominio o control del vehículo, la adecuación social o el honor y las buenas costumbres.

II.2.2. Derecho mercantil

En el Derecho mercantil existe toda una serie de supuestos donde la actividad pericial ha podido desempeñarse de antemano –con el anhelo de solucionar extraprocesalmente la controversia–. No habría entonces preordenación a un proceso contencioso concreto, y el trabajo desempeñado por el experto cobraría importancia a través de los medios de prueba documentales si el litigio tuviese finalmente lugar. Sería inadecuado postular ese tipo de actividad como peritaje de designa particular *ex ante* proceso y utilizarlo en el litigio sobrevenido. En la práctica, sin embargo, bastaría cumplir con las exigencias del artículo 335.2 LEC y presentar el peritaje extraprocesal como dictamen junto con la demanda o la contestación. En ningún caso procederá un examen de antecedentes por parte del juzgador, para saber si el encargo tuvo lugar con el objeto de preparar las alegaciones y prueba para el pleito o si se utilizó un quehacer experto ajeno a ello. Los supuestos más comunes son los siguientes.

a. Derecho de sociedades

1. El artículo 40.1 Ccom regula la necesidad de auditar las cuentas anuales de cualquier empresa si se solicita por sujeto con interés legítimo y se acuerda por juez competente, aunque la autorización tenga lugar en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

2. El artículo 172 Ccom prevé que, cuando no exista pacto societario que regule cómo evaluar la aportación social de capital consistente en efectos, ambas (todas las) partes elegirán peritos que procederán a la evaluación de los efectos según los “precios de la plaza”. Y si no concluyen de conformidad entre sí “se designará un tercero, a la suerte, entre los de su clase que figuren como mayores contribuyentes en la localidad, para que dirima la discordia”. Si el conflicto no se soluciona de ese modo y se promueve un litigio, cualquiera de los litigantes acompañará el peritaje cuyo resultado más favorable le haya resultado. En consecuencia el juzgador puede tener a su disposición todos ellos, sin que la libre valoración de la prueba permita discriminar entre dictámenes a favor del que extraprocesalmente tendría que haber funcionado como dirimente.

3. El artículo 38.1 LSA impone que “las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil conforme al procedimiento que reglamentariamente se disponga”. Por su parte, los artículos 302 y ss. RRM recogen el nombramiento de experto independiente para informar sobre aportaciones sociales no dinerarias, se trate de sociedades anónimas o en comanditas por acciones. Y el artículo 21.5 LSL prescribe que “quedan excluidos de la responsabilidad solidaria los socios cuyas aportaciones no dinerarias sean sometidas a valoración pericial conforme a lo previsto en el art. 38 LSA”.

b. Contratación

1. El artículo 316 Ccom establece que la demora en el pago de una deuda vencida, cuando se trate de mercadería extinguida al tiempo de

evaluar, impondrá la actuación de peritos para valorar las especies y calcular de ese modo el interés pactado o, en su defecto, el interés legal.

2. El artículo 327 Ccom indica la oportunidad del peritaje cuando la venta de género contratado por muestras o determinando calidad conocida en el comercio se rechaza por el comprador: ambas partes designarán peritos para evaluar si el género es o no de recibo.

3. Respecto a los daños y menoscabos que experimenten los géneros durante el transporte, por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas (artículo 361 Ccom), el artículo 364 Ccom prevé que si “el efecto de las averías [...] fuera sólo una disminución en el valor del género, se reducirá la obligación del porteador a abonar lo que importe esa diferencia de valor, a juicio de peritos”.

4. El artículo 367 Ccom señala que ante “dudas y contestaciones entre el consignatario y el porteador sobre el estado en que se hallen los efectos transportados al tiempo de hacerse al primero su entrega, serán éstos reconocidos por peritos nombrados por las partes, y un tercero en caso de discordia, designado por la autoridad judicial [pero no en el sí de ningún proceso contencioso], haciéndose constar por escrito las resultas”.

5. Todos son supuestos legales extrajudiciales con las advertencias que para el proceso se han formulado arriba.

c. En especial: el Derecho del mar

1. En el terreno de las averías se usa a menudo del perito (artículos 850 y ss., 869 Ccom), lo que también ocurre en casos de venta y apoderamiento por urgencia de efectos comerciales, así como para la reconstrucción de naves (artículos 151, 593, 608, 614, 644, 653, 798, 825, 978, 979, 985, 990 y s. Ccom).

2. Sobre el capitán de buque destacan los artículos 606 y 612 Ccom. El primero establece que “siendo copropietario del buque el capitán, no podrá ser despedido sin que el naviero le reintegre del

valor de su porción social, que en defecto de convenio de las partes se estimará por peritos nombrados en la forma que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil”, lo que sigue sin implicar un procedimiento judicial civil, sino sólo la intervención judicial a los efectos de que actúe un perito en la controversia mercantil expuesta. El uso del peritaje practicado en un posterior litigio se aleja con mayor facilidad de las críticas sobre la parcialidad del experto extraprocesal.

3. El artículo 612.4ª Ccom, por su parte, obliga al capitán de buque a “hacer, antes de recibir carga, con los oficiales de la tripulación y dos peritos, si lo exigieren los cargadores y pasajeros, un reconocimiento del buque para conocer si se halla estanco, con el aparejo y máquinas en buen estado y con los pertrechos necesarios para una buena navegación, conservando certificación del acta de esta visita firmada por todos los que la hubieren hecho, bajo su responsabilidad”. Y continúa indicando ese precepto que “los peritos serán nombrados, uno por el capitán del buque y otro por los que pidan su reconocimiento, y en caso de discordia nombrará un tercero la autoridad de Marina del puerto”. De nuevo las tres actividades periciales pueden acabar en los autos de un procedimiento civil –quizás relativo a la responsabilidad civil por avería o naufragio–, donde no funciona ningún tipo de preferencia en virtud del origen del nombramiento o la función dirimidora o no del experto.

4. En cuanto al pasaje no satisfecho en el contrato de fletamento es aplicable el artículo 693 Ccom, según el cual “no habiéndose convenido el precio del pasaje el Juez o Tribunal le fijará sumariamente, previa declaración de peritos”. En este supuesto los expertos (que serán más de uno a la vista de la redacción literal) auxilian al juzgador en la decisión sumaria, pero difícilmente podrán encuadrarse en el régimen ordinario de la prueba civil.

5. El artículo 726 Ccom ordena que “si el prestador probare que prestó mayor cantidad que la del valor del objeto sobre que recae el préstamo a la gruesa, por haber empleado el prestatario medios fraudulentos, el préstamo será válido sólo por la cantidad en que dicho objeto se tase pericialmente”. Nada impide que se discuta en juicio la dicha tasación, y que el objeto litigioso se centre en ella al tiempo que las partes o alguna de ellas la utilice como documento o peritaje extraprocesal.

Otros casos previstos de Derecho marítimo antes mencionados son los recogidos en los artículos 754, 771 y 776 Ccom.

6. La autorización judicial de venta total o parcial de buque, cuando todo o parte del cargamento se ha estropeado o está a punto de estropearse, precisará el previo reconocimiento y declaración de peritos junto con otros requisitos de tipo formal (artículo 824 Ccom). En los abordajes se recoge la tasación pericial para determinar la indemnización que ha de pagar el naviero por culpa, negligencia o impericia del Capitán, Piloto u otro cualquiera individuo de la dotación (artículo 826 Ccom).

d. Seguros

1. La primera parte del artículo 18.1 LCS indica que “el asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo”. Y el artículo 38 LCS establece que “si no lograrse el acuerdo [entre asegurador y asegurado o tomador] dentro del plazo previsto en el art. 18 [40 días para el abono mínimo], cada parte designará un perito, debiendo constar por escrito la aceptación de éstos. Si una de las partes no hubiera hecho la designación, estará obligada a realizarla en los ocho días siguientes a la fecha en que sea requerida por la que hubiere designado el suyo, y de no hacerlo en este último plazo se entenderá que acepta el dictamen que emita el perito de la otra parte, quedando vinculado por el mismo”.

Si existe acuerdo entre los peritos indica el precepto antecitado que se hará constar en acta conjunta junto con las causas del siniestro, la valoración de los daños y demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe líquido de la indemnización.

Cuando no haya acuerdo entre expertos, las partes designarán de mutuo (y nombrarán) un tercer perito. Si no existe conformidad sobre éste, “la designación se hará por el Juez de Primera Instancia del lugar en que se hallaren los bienes, en acto de jurisdicción voluntaria y por los trámites previstos para la insaculación⁷¹ de peritos en la Ley de

Enjuiciamiento Civil”. Una vez determinado el profesional tasador, su dictamen pericial se emitirá en el plazo que señalen las partes o, en su defecto, en un máximo de treinta días a contar desde la aceptación del tercer perito⁷².

Concluye el artículo 38 LCS prescribiendo que “el dictamen de los Peritos, por unanimidad o por mayoría, se notificará a las partes de manera inmediata y en forma indubitada, siendo vinculante para éstos, salvo que se impugne judicialmente por alguna de las partes, dentro del plazo de treinta días, en el caso del asegurador y ciento ochenta en el del asegurado, computados ambos desde la fecha de su notificación. Si no se interpusiere en dichos plazos la correspondiente acción, el dictamen pericial devendrá inatacable. Si el dictamen de los Peritos fuera impugnado, el asegurador deberá abonar el importe mínimo a que se refiere el art. 18, y si no lo fuera abonará el importe de la indemnización señalado por los Peritos en un plazo de cinco días”.

2. El proceder liquidatorio indicado es extrajudicial, pero trámite obligado antes de acudir a un proceso judicial. En efecto, la STS de 9 de diciembre de 2002 así lo expresa al entender que los peritos designados por las partes son privadamente contratados pero atienden a un fin de Derecho necesario con marcado interés público.

3. En materia de seguros privados, por último, el artículo 104 LCS prescribe que cuando el asegurado rechaza la oferta del asegurador sobre el grado de invalidez indemnizable, las partes se someterán a la decisión de peritos Médicos de acuerdo con las previsiones del artículo 38 LCS antes expuesto.

4. El artículo 754 Ccom prevé, en el ámbito del seguro marítimo, que para especificar el valor de las cosas aseguradas cuando ello

71. La insaculación existía con la LEC/1881 y desaparece en la actual LEC, y aunque es de aplicación la jurisdicción voluntaria, la remisión a las formas de designación judicial de perito invitan a considerar la segunda de las leyes apuntadas, y así su artículo 343.

72. Que pese a la redacción del artículo 38 LCS no acepta el nombramiento sino la designación, en virtud de la cual es nombrado.

no hubiera ocurrido al contratar, podrá utilizarse la declaración de corredores o peritos. Y el artículo 767 Ccom indica que “si se hubiere estipulado en la póliza aumento de premio en caso de sobrevenir guerra y no se hubiere fijado el tanto del aumento, se regulará éste, a falta de conformidad entre los mismos interesados, por peritos nombrados en la forma que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo en consideración las circunstancias del seguro y los riesgos corridos”, mientras que en el artículo 769 Ccom, relativo a la reclamación y los documentos que la acompañan, se incorporará el “descuento de los objetos asegurados, previo el reconocimiento de peritos”. Y según el artículo 771 Ccom, “si el buque asegurado sufriere daño por accidente de mar, el asegurador pagará únicamente las dos terceras partes de los gastos de reparación”, cuantía que se calculará por peritos si la reparación no tiene lugar. Otras referencias al perito en el ámbito del Derecho mercantil marítimo se aprecian en los artículos 776.2^a Ccom.

e. Derecho tributario

1. Según el artículo 57.1.e LGT, “el valor de las rentas, productos, bienes y demás elementos determinantes de la obligación tributaria podrá ser comprobado por la Administración tributaria, mediante [...] dictamen de peritos de la Administración”. En este supuesto existiría una situación de dependencia que impediría aportar al juicio civil esa actividad experta como peritaje (iría como documento). Un eventual litigio tendría lugar en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero nada impide la transferencia probatoria en determinados ejemplos. Imagínese la reclamación de un bien extraviado o destruido que haya de valorarse a efectos de indemnización por responsabilidad, constando la tasación en el trámite administrativo tributario.

2. Por su parte, el artículo 135.1 LGT prevé la tasación pericial contradictoria a instancia de los interesados, cuyo coste corre por cuenta de estos (artículo 135.3 III LGT)⁷³.

73. Cabe otro supuesto de peritación por experto de la Administración, según el artículo 135.2 LGT.

Los honorarios de un tercer perito varían dependiendo del resultado del peritaje, destacando cómo ese experto dirimente “podrá exigir que, previamente al desempeño de su cometido, se haga provisión del importe de sus honorarios mediante depósito en el Banco de España o en el organismo público que determine cada Administración tributaria, en el plazo de 10 días. La falta de depósito por cualquiera de las partes supondrá la aceptación de la valoración realizada por el perito de la otra, cualquiera que fuera la diferencia entre ambas valoraciones” (artículo 135.3 IV LGT).

II.2.3. Derecho procesal

a. Ruina

En algunos procesos declarativos especiales que sigue el trámite del juicio verbal, antiguamente denominados interdictos de obra ruinosa, procede con urgencia el nombramiento de un perito. Nada impediría que una situación de peligro extremo fuese objetivamente advertida por el juzgador a través de un reconocimiento judicial. En cualquier caso, de mediar un experto, y tratándose como se trata de tutela judicial dispositiva –la intervención en el ámbito administrativo sería distinta de la civil–, no parece de recibo ordenar de oficio un medio de prueba pericial⁷⁴. Éste debe ser propuesto por quien interesa la declaración de ruina y consecuente demolición total o parcial de la edificación.

b. Ejecución

1. En general, la oposición a la ejecución forzosa por pluspetición prevé la presencia de peritos en el artículo 558.2 LEC, donde se lee que las cuestiones sobre saldos de cuentas e intereses variables, permiten

⁷⁴. Algún autor sostiene la lógica de una designación inmediata y directa del juzgador, *sic* Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 422. Esto sólo sería posible cuando el medio de prueba es de oficio (en procesos no dispositivos), pues en otro caso la designación judicial se solicita por la parte.

al tribunal, “a solicitud del ejecutado, designar mediante providencia perito que emita dictamen sobre el importe de la deuda. En tal caso, se dará traslado del dictamen a ambas partes y la vista no se celebrará hasta pasados diez días a contar desde el siguiente a dicho traslado”.

2. En el proceso de ejecución pueden participar personas jurídicas especializadas (artículo 641 LEC), lo que no deja de ser una intervención experta en la realización de los bienes o derechos objeto de ejecución propia, si bien este tipo de actuación no debiera concebirse como una actividad pericial.

3. Por el contrario, el avalúo de los bienes embargados dentro de un procedimiento de apremio ordinario implica la necesidad de un peritaje salvo que antes o durante la ejecución medie acuerdo entre ejecutado y ejecutante sobre su valor (artículo 637 LEC). Si no tiene lugar susodicho acuerdo acudiríamos a las previsiones del artículo 638 LEC para nombrar perito tasador.

En este último precepto se indica que se escogerá el perito tasador correspondiente de entre quienes presten servicio en la Administración de Justicia. En su defecto podrán tasar “organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas que dispongan de personal cualificado y hayan asumido el compromiso de colaborar, a estos efectos, con la Administración de Justicia”. En último término se nombrará “de entre las personas físicas o jurídicas que figuren en una relación, que se formará con las listas que suministren las entidades públicas competentes para conferir habilitaciones para la valoración de bienes, así como los Colegios profesionales cuyos miembros estén legalmente capacitados para dicha valoración”. Concluye el precepto indicando la posibilidad de recusación del perito, sea por el ejecutante sea por el ejecutado comparecido al acto de designación y nombramiento. No obstante, primero recibirá el experto notificación de su nombramiento, aceptándolo en el plazo de un día salvo si debe abstenerse (artículo 639.1 LEC). Debemos añadir que aquí también funcionan las excusas, facultativas, y que a diferencia del régimen propio del proceso declarativo el experto no acepta o se excusa tras la notificación de la designa sino después de recibir la comunicación del nombramiento, amén de que el plazo de aceptación se reduce a un solo día, a contar desde el siguiente al que conozca que ha sido nombrado.

Debe entenderse procedente aplicar el trámite que para la recusación opera en la etapa declarativa (artículos 125 y ss. LEC), así como las causas de abstención, tema que se estudiará en el siguiente Capítulo.

4. Por su parte, el artículo 639 LEC prevé la entrega del avalúo en un plazo de ocho días hábiles comenzando desde el siguiente en el que se aceptó el cargo, resultando excepcional la prórroga que, en función de la cuantía o complejidad de la valoración que se justifique, se acordará por providencia, donde el juzgador deberá establecer el nuevo plazo, sin que la ley lo limite en sentido alguno.

El perito deberá tasar el bien o el derecho según el valor de mercado, marginando las cargas y gravámenes de los bienes inmuebles, que seguirán las directrices del artículo 666 LEC.

A contar desde el sexto día después de la entrega del dictamen podrán las partes o los acreedores referidos en el artículo 658 LEC alegar en contra de la valoración efectuada, acompañando si lo desean informes de otros peritos tasadores con el mismo objeto. El juez resolverá por providencia irrecurrible, y en función de la sana crítica, la valoración definitiva a efectos de la ejecución.

5. En particular, cada tipo de pronunciamiento condenatorio permite intervención judicial. En condenas de hacer no personalísimo se acude al artículo 706 LEC, en la liquidación de daños y perjuicios al artículo 716 LEC, para la determinación dineraria de prestaciones que no lo son se aplica el artículo 717 LEC, cuando se liquidan frutos y rentas el artículo 718 LEC y cuando el administrador debe que rendir cuentas se está a lo previsto en el artículo 720 LEC.

c. División patrimonial

1. Para la división de la herencia se prevé la participación del perito en el artículo 784.2 LEC, junto con el nombramiento judicial del contador-partidor. Éste procederá a efectuar las operaciones divisorias del caudal, mientras que el experto, uno sólo por cada

clase de bienes, se encargará de evaluar estos⁷⁵. El desacuerdo sobre el perito impondrá su designación por el proceder que el contador o contadores estimen necesarios para tasar, insistiendo en que nunca será más de uno por cada clase de bienes que deban valorarse.

2. Con la liquidación del régimen económico-matrimonial se inicia también un proceso divisorio que admite la presencia del perito. Cuando no haya acuerdo entre las partes designarán éstas contador. Y también cuando proceda la intervención de peritos, para la práctica de las operaciones divisorias (artículo 810 LEC).

d. Jurisdicción voluntaria

1. Los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio son muy numerosos⁷⁶. Dentro de sus disposiciones generales destaca la contenida en el artículo 2117 LEC/1881, donde se establece que “los reconocimientos y avalúos se practicarán por peritos que tengan el título correspondiente, siempre que los haya en el lugar donde se instruyan las actuaciones, y en su defecto, por prácticos”. Excepción a la regla tiene lugar cuando el interesado a cuya instancia se practiquen los reconocimientos o avalúos, solicite que a su costa se hagan precisamente por peritos con título. Por último, cuando diverjan las conclusiones de dos peritos y sea necesario un tercero dirimente, el mismo se designará por sorteo según previsiones del artículo 616 LEC/1881, si bien la derogación de este artículo conduce hasta el actual 341 LEC (procedimiento para la designación judicial de perito).

75. Cfr. Ignacio SANCHO GARGALLO y Carmen BRIONES JURADO, *El juicio sucesorio (Conforme a la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil)*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 58 y ss. Pero téngase en cuenta que el contador-partidor podrá servirse de los expertos que considere oportuno al margen del procedimiento divisorio, caso en el cual el perito no actuará en el ámbito del proceso ni sujeto a sus reglas; en este sentido Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *El juicio sucesorio...*, cit., p. 242.

76. Véase, en general, Francisco RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Civitas, Madrid, 1978.

Repasando ejemplos concretos de jurisdicción voluntaria en el ámbito mercantil pueden citarse los siguientes supuestos.

2. En el depósito y reconocimiento de efectos mercantiles el artículo 2122 LEC/1881 indica que cuando el actuario o el depositario discutan sobre la calidad de los efectos enumerados por los que pidió el depósito, y el depositario no se allane a la rectificación, el Juez nombrará un perito que los clasifique, extendiéndose de todo ello el acta correspondiente. El nombramiento se recoge en el segundo párrafo de ese mismo precepto: “deberá sortearse de entre los corredores colegiados si los hubiere, o en su defecto, de entre los comerciantes matriculados en la clase a que pertenezcan los efectos, y no será recusable [el nombrado]”.

3. En el depósito puede ocurrir que para cubrir gastos del recibo y conservación de los efectos depositados haya que vender alguno, lo que tendrá lugar en subasta pública previa tasación pericial. Un perito será nombrado por el juez y otro por el propietario de los bienes, o por el Ministerio fiscal en ausencia del dueño. Este último puede aceptar la actuación única del perito judicialmente nombrado, pero si concurren ambos expertos y están disconformes, procederá nombrar un tercero por la suerte (artículo 2124 LEC/1881).

4. Establece el artículo 2126 LEC/1881 que “en el caso de las dudas y contestaciones a que se refiere el artículo 218 del Código [de Comercio; hoy 367], los interesados, si no se avinieren en el nombramiento de peritos, acudirán al Juez para que los designe”. Tras la designación los expertos prestarán su declaración, y si no estuvieren conformes entre sí se sorteará un tercero bajo la dirección del juez.

5. Según el artículo 2127 LEC/1881, cuando proceda hacer constar el estado, calidad o cantidad de los géneros recibidos, o de los bultos que los contengan, conforme a lo dispuesto en los artículos 219, 362 y 370 II Ccom (hoy artículos 366, 327 y 336 Ccom), y demás casos análogos, el interesado solicitará que judicialmente se ordene la extensión de diligencia expresiva de aquellas circunstancias. El perito no resulta imprescindible en principio, pero cuando fuese necesario se nombrará para reconocimiento de los géneros o bultos. En ese caso, los interesados pueden acordar nombrar sus propios peritos,

teniendo que solicitarlo de ese modo. Y si entre los expertos no media conformidad se nombrará un tercer perito.

6. En el ámbito del Derecho marítimo, sobre la descarga y el abandono de bienes, el perito puede actuar en múltiples ocasiones, como ya apuntamos al tratar el Derecho mercantil del mar.

7. A fin de una mejor conservación de todo o parte del cargamento el capitán de un navío puede proceder a su descarga y sucesiva carga, precisando la oportuna autorización judicial. En orden a ello pedirá que el cargamento sea reconocido por peritos: uno será designado inmediatamente por el capitán, otro será nombrado por el Ministerio fiscal en representación de los cargadores ausentes. El juez sorteará el tercer perito si los dos anteriores estuvieran disconformes (artículo 2148 LEC/1881). A su vez, el Juez ordenará la práctica del reconocimiento pericial, y si del informe de los expertos se deduce la necesidad de descargar así se hará (artículo 2149/1881).

8. Según el artículo 2153 LEC/1881, para verificar la descarga por la arribada forzosa a que se refiere el art. 974 Ccom/1829 (hoy 822), el Capitán del buque solicitará que éste y su cargamento se reconozcan por peritos. El objetivo de estos será manifestarse sobre si fue indispensable hacer dicha arribada para practicar las reparaciones que el buque necesitara o para evitar daño y avería en el cargamento.

9. El nombramiento de estos peritos se hará en la forma prevenida en el artículo 2148 LEC/1881. Opinando los peritos a favor de la descarga, el Juez acordará que se efectúe proveyendo lo necesario para la conservación del cargamento (artículo 2154 LEC/1881). Y cuando el capitán declare avería, una vez reconocidos pericialmente los géneros cargados, podrá procederse a su venta si al entender de los expertos resulte ser lo mejor para el interés del cargador ausente.

10. En cuanto a la enajenación urgente y apoderamiento de efectos comerciales y recomposición de buque, el artículo 2161 LEC/1881 indica que, presentada la solicitud, el Juez nombrará en el acto perito que reconozca los géneros en aquel mismo día, o a más tardar en el siguiente. Una vez reconocidos y acreditado su estado, cuando la ena-

jenación fuese necesaria, procederá auto que ordenará la tasación y venta en subasta pública (norma 3ª).

11. Asimismo, la venta de una nave inutilizada impone el nombramiento de los peritos en la forma determinada en el artículo 2148 LEC/1881 (con declaración pericial que acredite el estado, el Juez decretará la venta, norma 6ª II).

12. Por último, existen otros actos de comercio que requieren la inmediata intervención judicial y observan la presencia de expertos. Se trata de los supuestos en que el capitán del buque pretenda salvar su responsabilidad ante un siniestro, abriendo las escotillas para hacer constar la buena estiba del cargamento. Para ello solicitará licencia judicial y designará de inmediato un perito que por su parte haya de asistir al acto. Una vez presentada la solicitud, el Juez mandará requerir a los cargadores y consignatarios, si estuvieren en la localidad, y en su defecto al Ministerio Fiscal, para que nombren otro perito. Hecho el nombramiento de los peritos otorgará la licencia solicitada. Del reconocimiento pericial se extiende acta, y si están disconformes los expertos, judicialmente se designará por sorteo un tercer perito (artículo 2170 LEC/1881).

e. Derecho concursal y arbitraje

1. Quepa anotar que en el campo del concurso de acreedores destacan los artículos 6, 19.5 y 83 LC; respectivamente: documentación técnica que debe acompañarse a la solicitud del concurso, interrogatorio judicial de peritos y asesoramiento de expertos independientes.

2. Recuérdense, por último, que los peritos que pueden utilizar los árbitros no pertenecen al ámbito del proceso, sino al privado de la heterocomposición arbitral (artículo 32.1 LA)⁷⁷.

⁷⁷ Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 584 y s.