

III. La admisión del medio de prueba pericial

III.1. El trámite y la buena fe

1. Ante la propuesta de una parte el resto de litigantes personados pueden alegar lo que consideren oportuno respecto a la práctica de la pericia, sea considerando su inutilidad o impertinencia, sea pidiendo una determinada ampliación de la misma (artículos 339.2 III, 339.3 y 339.4 LEC).

La parte no proponente recibirá traslado de la contraria sobre el peritaje planteado, pudiendo solicitar su ampliación o la comparecencia del experto al acto de la vista para exponer o explicar su trabajo, responder preguntas concretas sobre el mismo, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otro modo que resulte útil a fin de entender y valorar el dictamen en función del objeto procesal (artículo 347.1 LEC). Obviamente puede participar en la comparecencia del perito pedida exclusivamente por el proponente, sin nada objetar con antelación, o hacerlo en el sentido de discutir la excepción y defender la preclusión por extemporaneidad, sirviéndose del contenido del artículo 247 LEC⁷⁸.

2. Según este último precepto, en sus dos primeros apartados, “los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe” y el tribunal rechazará “fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”.

En consecuencia, si se demuestra que la pericial era de índole sencilla y pese a todo no se elaboró en el momento inicial podría excluirse del proceso por vulneración de la buena fe procesal. Ahora bien, coincidirían en este supuesto dos valoraciones judiciales, una la que supone aceptar la justificación del proponente y admitir el medio de prueba que supone la extemporaneidad en la aportación del dictamen pericial. Otro el juicio sobre la injustificación nacida de la mala fe, dada la sencillez antes mencionada en la elaboración del dictamen, y que

⁷⁸. En este sentido Joan PICÓ JUNOY, *La prueba...*, cit., p. 102.

hubiera permitido su aportación *in limine*. Debe aceptarse, entonces, que el juzgador efectuará dos veces un mismo juicio sobre el fondo de la justificación esgrimida por el proponente, por lo que el que proviene de la denuncia amparada en el artículo 247 LEC debe unirse al propio de la admisión/inadmisión del medio de prueba, en un mismo instante procesal.

III.2. Causas de admisión y decisión juzgadora

1. Causas prototípicas de la denegación del peritaje propuesto son la obtención u origen ilícito del mismo, esto es, con vulneración de derecho fundamental (artículo 11.1 LOPJ y 287 LEC) y la impertinencia e inutilidad del medio de prueba que se propone (artículo 283.1 y 2 LEC). No bastará que el juzgador los anuncie, sino que deberá motivar su decisión, si bien afirmar la falta de pertinencia o la inutilidad en muchas ocasiones podrá argumentarse muy sucintamente.

En relación con los artículos 283.3 y 287.1 LEC, establece el artículo 11.1 LOPJ que “en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”⁷⁹.

2. La protección jurídica desenvuelta hace referencia a los derechos constitucionales fundamentales (artículos 14 a 29 CE). En la práctica se han llegado a alegar vulneraciones de otros derechos, que por consiguiente deben ser rechazadas de plano. Ocurre, por ejemplo, cuando se alega la vulneración del derecho a la propiedad (artículo 33 CE) denunciando la sustracción de un documento aportado a los autos (hurto/robo) o su apoderamiento ilícito (menos común, la apropiación indebida o la estafa). Con independencia que la parte interesada podrá llevar los hechos ante la jurisdicción criminal o el juez deducir oportuno testimonio de particulares por cuanto presuntamente se habrían cometido delitos perseguibles de oficio, no por ello procederá expulsar el documento de proceso. Al menos en función de la ilicitud de su obtención.

79. Cfr., por todas, SsTC 114/1984, de 29 de noviembre, 64/1986, de 21 de mayo.

3. Sentado lo anterior, limitado a la protección de los derechos fundamentales, conviene distinguir entre los denominados *absolutos*, que impiden cualquier injerencia en el proceso civil (vida, integridad), y los *relativos*, que admiten cierta limitación, aunque sólo cuando operan las garantías constitucionales de la mano del juzgador, que razona la compatibilidad del derecho con otros intereses.

Para el primer grupo de casos diremos que un peritaje biológico precisaría en todo caso el consentimiento del sujeto sobre el que se realizaría (por ejemplo artículo 767.2 LEC). Para el segundo grupo, el peritaje de un lugar privativo exigiría autorización judicial motivada en función de justificar la entrada en una vivienda para valoración de sus defectos estructurales.

4. La vulneración del derecho aboca a la ineffectividad del medio de prueba, extendiendo la ilicitud y su consecuencia de inadmisión tanto a las fuentes de prueba directamente obtenidas como a las derivadas del acto ilícito vulnerador.

El tratamiento procesal previsto permite la apreciación de oficio o a instancia de parte, tan pronto ésta conozca de la ilicitud. En uno u otro caso se discutirá la cuestión al inicio de la vista, antes de practicarse prueba (en el juicio verbal) o en el acto de juicio (en el declarativo ordinario). La apreciación de oficio también es posible en el momento de dictar sentencia, impidiendo el debate contradictorio que en el resto de supuestos tendrá lugar.

Ese debate se tramitará del siguiente modo. Se dará palabra a los litigantes, quienes podrán, en ese instante, proponer los medios de prueba que estimen oportunos, practicándose los útiles y pertinentes. El juez resolverá oralmente, impidiendo la práctica de un medio probatorio ilícitamente obtenido, practicándolo en caso contrario. Frente a la resolución *in voce* cabrá reposición oral, a sustanciar y resolver en el mismo acto (en el juicio verbal bastará protesta), sin perjuicio de que los interesados reproduzcan la cuestión en apelación.

5. En los supuestos previstos en el artículo 429.8 LEC, que prevén la terminación de la audiencia previa sin citación a juicio, con apertura del plazo para dictar sentencia, resulta inevitable el señalamiento a efectos de discutir la ilicitud. En esos supuestos se refiere que los únicos medios de

prueba propuestos serían los documentos y/o los dictámenes periciales. Pero en ambos casos se acude directamente a la sentencia cuando: a) el documento no es impugnado; b) no se requiere la personación del perito en el juicio. Es decir, cuando no va a existir una actividad probatoria, eliminando de ese modo, también, la lógica del trámite oral de conclusiones.

Si se alega ilicitud en la obtención del documento desaparece el presupuesto exigido en el precepto, pues el documento habrá sido impugnado en ese sentido, aunque probablemente la impugnación referida por el legislador atiende a la prevista en el artículo 427.1 LEC. Con respecto al peritaje, no se plantea su impugnación, siquiera su contradicción ex artículo 427.2 LEC, sino sólo la necesidad de presencia del perito en el acto de juicio. Y aunque el interrogatorio del experto pueda ser útil para desvelar la ilicitud en la obtención del peritaje, ese objetivo nada tiene que ver con la presencia requerida en la práctica del medio de prueba en sentido estricto.

Habría inconveniente para el caso de documentos impugnados, no tanto para el supuesto del peritaje. En ambos casos, sin embargo, como la discusión de la ilicitud difícilmente cabría en ese instante, habría que señalar vista aunque el contenido de la misma se acabará reduciendo al debate sobre la ilicitud que, admitiéndose o no, cerraría el acto y quedaría la causa vista para sentencia.

6. La pertinencia refiere la vinculación del medio probatorio (en realidad su eventual resultado) con el objeto del proceso (artículo 283.1 LEC). La utilidad se explica en la inadecuación del medio de prueba en relación con el objeto perseguido. De practicarse no alcanzaría prueba sobre la afirmación fáctica efectuada (artículo 283.2 LEC) ⁸⁰.

III.3. La necesidad de resolver incondicionadamente

1. Nuestra legislación procesal civil no prevé una admisión o inadmisión condicionada de los medios de prueba que se propongan, por

⁸⁰. Sobre esta materia véase, en general, Blanca GESTO ALONSO, *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 1991.

lo que en el momento que corresponda decidir procede la admisión o inadmisión definitiva de los mismos.

Con la legislación procesal de 1881 el problema se suscitaba con el rechazo del medio propuesto seguido de la expresión “sin perjuicio de acordarla para mejor proveer”, lo que igualmente frustraba el derecho a la prueba: “una práctica perjudicial para la parte, pues no se le dice definitivamente que no, pero tampoco que sí, lo que entraña un grado de indefensión, al provocar perplejidad en la proponente que no sabe, de este modo, cuál es la conducta procesal que debe seguir y desde luego, contradice el sentido categórico que deben tener las resoluciones judiciales; por supuesto que esta admisión o inadmisión condicionada, según se mire, no está prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil”⁸¹.

2. Operar de otro modo impediría un correcto funcionamiento del sistema de recursos orquestado contra la denegación de la propuesta, o afectaría a la eventual discusión por la parte perjudicada contra la admisión de un peritaje que se considere obtenido ilícitamente. Ello no obstante, si un medio probatorio ha sido inadmitido es posible que el mismo juzgador *a quo*, a través de la diligencia final y bajo determinados condicionamientos, o el órgano judicial *ad quem*, en trámite de apelación, permita finalmente su introducción en el proceso y su práctica. También es posible que, admitido el medio de prueba propuesto, no llegue a practicarse, principalmente en función de la renuncia del proponente antes de esa práctica, renuncia que puede ser planteada por el juzgador si se observa la inutilidad o la impertinencia sobrevenida de lo que sería el resultado de su práctica.

IV. La “transferencia” probatoria

1. Se ha propuesto la posibilidad de incorporar a los autos peritajes ya emitidos en otros procesos, sea por iniciativa del juzgador

81. Sic STS de 18 de mayo de 1993, cit. en la STS de 16 de enero de 2001, FD 3º (BDEJ 26105).

utilizando el argumento *a fortiori* de la diligencia final de oficio que acuerda un peritaje, sea a instancia de parte, sirviéndose del artículo 317 LEC⁸². El apartado primero del precepto aludido indica que a efectos de prueba en el proceso se considerarán documentos públicos las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los secretarios judiciales.

Esto último, sin embargo, limitaría los supuestos a aquellos peritajes efectivamente incorporados al argumento vertido en una resolución judicial, pues sólo así se trataría de documentos públicos a efectos de prueba en el proceso. No parece demasiado correcto eludir el dictamen pericial en sí y servirse de su absorción por el juez en su sentencia, pues la operación supone una filtración de conocimiento, no exenta de sesgos o errores de apreciación. Parece más acertado optar por un traslado de medios de prueba practicados en otro proceso, donde se disponga del peritaje tal y como fue realizado por el experto. De ese modo, el juez lo apreciaría sin ningún tipo de interferencia. Se valoraría un trabajo pericial singular en vez del trabajo pericial bajo la perspectiva de un juzgador anterior, visión sobre la que, además, puede ser muy difícil distinguir el efecto de la valoración conjunta de ese peritaje con otras pruebas practicadas.

2. Cuestión aparte es la conceptualización de ese medio de prueba pericial que tuvo lugar en otro proceso. Al incorporar el dictamen mediante testimonio del secretario judicial del juzgado donde fue practicado, aquel peritaje es un documento (público). Podemos justificar, pues, que se trate de un medio de prueba documental, pues defender su carácter pericial obligaría a considerar ese documento como el dictamen escrito de un perito que, con independencia de que siga vivo y profesionalmente activo, en el segundo proceso no juró o prometió su cargo, ni participará del régimen del medio de prueba pericial, donde se incluye su posible presencia en el proceso para ratificar, aclarar o ampliar lo hecho.

Cabe, sin embargo, que el juzgador aprecie libremente los hechos que consten documentalmente en la pericia practicada en otro proce-

82. Miguel LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 284.

so, del mismo modo que con la LEC/1881 era posible generar convicción fáctica sobre pericia extrajudicial consignada a través de medios de prueba documentales, valorando a modo de testimonios⁸³.

3. Es por supuesto posible, cuando resultase materialmente viable, teorizar sobre la necesidad de que el experto que confeccionó ese peritaje se sume en el nuevo pleito a las obligaciones de todo perito. Sin embargo, en tal ejemplo nos apartaríamos del esquema legal, donde el punto de partida es el sujeto y no el objeto: no se elige un peritaje ya hecho para designar el experto, sino que se designa –por la parte o judicialmente a su instancia– un experto que elabora un peritaje. Inmediatamente se dirá que la designación de peritos de parte antes del proceso no deja de ser una determinación del peritaje que, a su vista, se propone o no como medio de prueba tras incorporarlo a los autos junto con la demanda o la contestación. Pero aunque en ese supuesto se obre en virtud del resultado –si es perjudicial no se usará en la alegación inicial–, el proceso lógico sigue siendo que primero se elige –y contrata– al experto y luego se obtiene el resultado de su actividad.

V. Práctica del peritaje e intervención de las partes en su previa elaboración

1. Constituyen normas generales de la práctica probatoria la unidad de acto (artículo 290 LEC) característica de la oralidad e inmediación del juez civil, sin perjuicio de ciertas excepciones ya vistas de tiempo y lugar⁸⁴. Se suman a la anterior la contradicción (que implica citar a todas las partes a los actos de prueba) y la publicidad (artículo

83. En ese sentido, dos SsTS de 14 de julio de 2000, FD 1º (BDEJ 4940 y 73350).

84. Sobre el tradicional emparejamiento entre escritura y mediación v. Adolf WACH, “Mündlichkeit und Schriftlichkeit”, en *Vorträge über die Reichzivilprozessordnung*, Bei Adolf Marcus ed., Bonn, 1896. Recuértese, de todos modos, que la escritura no está necesariamente reñida con la intermediación juzgado-ra; cfr. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Derecho...*, cit., p. 65. Sostienen sin embargo la ►

los 120.1 CE y 138 LEC). La práctica de la prueba, por último, deberá documentarse (artículos 280 LOPJ, 146 y s. LEC).

2. El experto recibirá de las partes o del órgano judicial el material necesario para su tarea pericial, dependiendo del lugar donde se encuentre ese material. Si se trata de documentos se entregarán originales previa diligencia de constancia que así lo indique, o haciendo constar comparecencia de recepción donde firme el perito o su mandatario. Es posible que la consulta se realice en la propia oficina judicial o en el domicilio de su propietario o poseedor, pero tal situación no suele ser viable porque no ofrece el tiempo suficiente para su estudio y valoración. Con todo, a veces el experto puede temer una responsabilidad por pérdida o deterioro de una cosa extremadamente valiosa (joyas, obras de arte) celosamente guardada en la caja fuerte del juzgado –donde la tengan– o bajo medidas de seguridad privadas de un litigante o un tercero, cuyos seguros no cubrirían los infortunios de un traslado no autorizado.

3. En la idea de que se protege el derecho de defensa de todo litigante, el artículo 345.1 LEC establece que las partes podrán presenciar el reconocimiento que haya de realizar el experto del lugar, objeto o persona. El mismo precepto limita esta posibilidad si la presencia de las partes dificulta o estorba la labor del perito, el acierto o la imparcialidad del profesional, cuestiones todas ellas a valorar por el juzgador en última instancia, pero cuya decisión acaba radicando en la del experto sobre su mejor quehacer. En consecuencia siempre cabe apreciar alguna excusa para poder trabajar a solas, sin duda un modo más tranquilo de peritar.

Excepciones naturales suelen ser los peritajes efectuados junto con el reconocimiento judicial, donde sin embargo también se admite plantear

84. recíproca exclusión, entre otros, Víctor FAIRÉN GUILLÉN, “Doctrina General de los medios de impugnación. Parte General del Derecho procesal”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Edersa, Madrid, 1955, p. 355. Es cierto, sin embargo, que si desaparece la inmediatez la oralidad pierde su sentido; *sic* Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general del Derecho procesal. Hacia una Teoría y Ley procesal generales*, José María Bosch ed., Barcelona, 1990, p. 399.

la limitación, discutiéndose sin en ellos sólo caben los expertos designados judicialmente o también es posible recurrir a peritos privados⁸⁵.

4. Una vez elaborado el dictamen se entregará en la Secretaría judicial, con traslado subsiguiente a todas las partes, sean o no proponentes del mismo. Se ratificará ante el juez encargado de la causa o a través de auxilio judicial en casos excepcionales (artículo 169.4 II LEC).

5. La contradicción del dictamen pericial puede tener lugar en múltiples ocasiones, comenzando por otro peritaje cuando haya tiempo para su elaboración y propuesta a la vista del emitido por un perito designado de contrario. No es exactamente una contrapericia porque el objeto del peritaje no será el análisis de otro trabajo pericial, si bien el efecto perseguido es el mismo. Se hará a través de la contestación a la demanda (artículo 405 LEC) o en el trámite de la audiencia previa (artículo 427.2 LEC). Destacan especialmente las opciones que brinda el artículo 347.1 LEC (sobre todo con la solicitud de ampliación del peritaje o la crítica de un perito sobre el trabajo de otro), sin olvidar las oportunidades de recusar o tachar al perito, según sea judicialmente designado o designado *ex parte*, respectivamente.

En el acto de juicio y especialmente en las conclusiones del juicio ordinario, dispondrá el letrado actuante del momento final para criticar el peritaje que no le convenga.

85. A favor, también, de esta segunda opción, aunque afirmando su falta de previsión en la ley, v. Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 127.

VI. Particularidades en el juicio verbal

VI.1. Sobre la aportación del dictamen pericial

1. La interpretación conjunta de los artículos 437 y 440.1 II LEC parece justificar que los dictámenes periciales puedan acompañarse con la demanda o en el momento de la vista, que es donde procede proponer su admisión tanto al actor como al demandado, desoyendo la obligación de presentación *in limine litis* del artículo 265 LEC, cuyo incumplimiento por el demandante se sanciona con preclusión⁸⁶. Si se dispone del dictamen pericial resulta razonable, por ajustarse a la buena fe procesal e igualdad de armas, que se aporte en un momento inicial por el actor, de modo que el demandado disponga de un mínimo tiempo para conseguir un peritaje propio, en vez de solicitarlo en el momento de la vista y dilatar el proceder, sin que el actor impida que la contraparte disponga de ese tiempo adicional.

Pero si concurrieran los requisitos del artículo 270 LEC, igual que sucede para con los documentos planteados como medios de prueba en los juicios ordinarios, los dictámenes podrían presentarse en la vista del juicio verbal.

2. El artículo 270.1 LEC establece esta posibilidad tanto si los documentos son de fecha posterior a la demanda⁸⁷ y no pudieron obtenerse o confeccionarse antes, como si son anteriores pero se justifica un conocimiento posterior de su existencia. Asimismo, especialmente relacionado con el peritaje, prescribe el citado precepto otra posibilidad: “no haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado 2 del art. 265, o en su caso, el anuncio al que

86. A favor de poder presentar el dictamen hasta el momento de la vista v. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba pericial...”, cit., p. 308. En contra Eduardo FONT SERRA, *El dictamen de peritos...*, cit., p. 145; José María RIFÁ SOLER, “Del dictamen...”, cit., p. 1580.

87. No a la contestación, pues en el juicio verbal la misma tiene lugar en el momento de la vista, por lo que no ha precluido con anterioridad la posibilidad de aportación del demandado, salvo en supuestos con contestación escrita.

se refiere el número 4º del apartado primero del art. 265 de la presente Ley” (artículo 270.1.3º LEC).

3. Más atinado que el demandante pueda anunciar la presentación posterior al amparo del artículo 336.3 LEC y efectuarla antes de la vista según el artículo 337.1 LEC. El inconveniente radica en que tales preceptos serían aplicados por analogía, algo que puede resultar discutible.

4. Cuando la necesidad del peritaje resulte de la alegación del demandado en la vista (la contestación oral), propondría en ese momento la aportación del oportuno peritaje pese al silencio del artículo 338 LEC a ese respecto⁸⁸. Se impone la interrupción de la vista si el peritaje es útil y pertinente⁸⁹; pero también cabe optar directamente por la suspensión si se advierte la inviabilidad temporal o servirse de la diligencia final, en el pensar de quienes la defienden para el juicio verbal⁹⁰. Y si la solicitud de designa judicial tuvo lugar en el escrito de demanda resultaría inaplicable el plazo de cinco días posteriores a la contestación para designar al experto si se acepta la petición, salvo en juicios verbales con contestación escrita. En consecuencia debe buscarse la mayor agilidad posible, defendiéndose la inmediatez para permitir el traslado del dictamen a la contraparte antes de la vista⁹¹. La doctrina advierte, en cambio, tanto del debido respeto a los plazos mínimos como el tiempo necesario para que el experto pueda hacer su trabajo⁹².

88. En este sentido Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba...”, cit., p. 103.

89. Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba...”, cit., p. 105.

90. Apuesta por esta última, como menos gravosa, aunque considere que todas son viables, Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba...”, cit., p. 113. En igual sentido Ángel Vicente ILLESCAS RUS, *La prueba pericial en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 364 y s. Por nuestra parte consideramos que la diligencia final se encuentra vedada en el juicio verbal, salvo la excepcionalidad prevista en el artículo 315.2 LEC, que menciona “juicio” y “vista”, y por tanto admite expresamente la diligencia final tanto en el juicio ordinario como en el verbal, pero para un supuesto particularísimo.

91. Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (et al.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001², p. 364.

92. Iñaki ESPARZA LEIBAR, *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 132.

5. Si se trata de un juicio verbal con contestación escrita (artículo 753 LEC) el demandado puede presentar el dictamen pericial con al menos cinco días antes de la celebración de la vista, siguiendo los parámetros del juicio ordinario.

Fuera de esos casos, con respecto al demandado la aportación del dictamen tendrá lugar en el acto de la vista⁹³, hipótesis que aunque parece especialmente acorde con quienes colocan ese momento procesal como límite para el demandante, como sea que en tal caso el demandado conocerá en ese instante el peritaje propuesto por el actor, sólo si éste lo hubiera anunciado con suficiente concreción podría haberse anticipado a la sorpresa y acudir al acto de juicio con uno propio. Pues si bien es cierto que tiene la obligación de comparecer con todos los medios de prueba de que intente valerse, tales medios pueden preverse en virtud de los del contrario que, si se desconocen –la necesidad de un peritaje, por ejemplo– difícilmente pueden exigirse. Sobre todo teniendo en cuenta que el demandado, a la vista de la falta de prueba del actor, puede limitarse a resistir en silencio, pues por regla general no le corresponde la carga probatoria.

6. Sirviéndose de la analogía del artículo 338.2 LEC, esa suerte de mecánica anticipada se ha llevado hasta la obligación del demandado, considerando que éste debe aportar su dictamen hasta un plazo de cinco días antes de la vista⁹⁴. Éste implica de necesidad que el actor lo haya hecho *in limine*, pues parecería absurdo lo contrario (el demandado se adelanta y el actor presenta en la vista).

Esta obligación del demandado, sancionada con la preclusión, se encontraría abonada por el derecho de defensa del actor, no en cuanto a poder presentar o no su propio peritaje, que como decimos tendría que haberlo hecho con anterioridad para evitar el absurdo salvo bajo circunstancias especiales, por ejemplo ancladas

93. Eduardo FONT SERRA, *El dictamen de peritos...*, cit., p. 152. En el mismo sentido la Comisión de Jueces y Magistrados de Barcelona, v. Piedad GONZÁLEZ GRANADA, “La regulación...”, cit., p. 38, nota núm. 19.

94. Lluís MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos...*, cit., p. 335. En sentido potestativo pero no preceptivo, Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios...*, cit., pp. 587 y s.; Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba...”, cit., p. 104.

en razones sobrevenidas. El motivo se estructura en función de las alegaciones pertinentes en el esquema o táctica de la defensa, que incluye un determinado ajuste en las proposiciones probatorias de la contraparte o testigos, las preguntas que se les pueden dirigir a uno y otros o el planteamiento de un reconocimiento judicial. De todos modos, es sabido que la improvisación en las técnicas probatorias, sobre todo con el apoyo del artículo 347 LEC, resulta especialmente necesaria para el letrado que participa en juicios verbales, sin olvidar, como apuntan algunos autores, que el artículo 338.2 LEC supone una interpretación restrictiva del derecho fundamental a la prueba⁹⁵.

7. Deben orillarse las críticas que suponen la aplicación analógica de las normas procesales, sobre todo cuando existe una normativa específica para el juicio verbal que debiera cumplirse sin voluntarismos doctrinales o judiciales. Desde el punto de vista procedimental, y aunque es cierto que en la práctica del foro los tiempos procesales no se ajustan a los previstos por la letra de la LEC, si median diez días entre la citación del demandado a la vista y el acto de juicio (el tiempo mínimo) sólo hay cinco para designar un experto que confeccione el peritaje correspondiente; o quince cuando operásemos con el máximo de veinte días.

VI.2. La designación judicial de perito

1. Algunos autores sostienen que en el juicio verbal no es posible la designación judicial de peritos⁹⁶ o sólo se permite para el actor⁹⁷. En el primer caso nos veríamos abocados a recortar sustancialmente la configuración legal del derecho a la prueba pericial, sin que resulte razonable eludir la normativa pericial a ese respecto cuando no contradiga normas específicas del procedimiento declarativo ordinario que es el juicio verbal. En el segundo caso parece razonarse la imposibilidad en la inexistencia de una con-

⁹⁵. Joan PICÓ JUNOY, *La prueba...*, cit., p. 98.

⁹⁶. Iñaki ESPARZA LEIBAR, *El dictamen...*, cit., pp. 130 y ss.

⁹⁷. José María ASENSIO MELLADO, en *Proceso Civil Práctico*, cit., p. 709.

testación escrita, lo que al menos obligaría a reconsiderar la taxatividad de la negación cuando el juicio verbal contenga contestación escrita. En cualquier caso, el escollo sustantivo parece radicar en la unidad de acto propia de la vista de los juicios verbales, mas si cabe la interrupción o incluso suspensión de la vista por la propuesta y admisión de un peritaje “de parte”⁹⁸, nada impide que ocurra lo mismo con un peritaje designado judicialmente, salvaguardando la igualdad de armas procesales⁹⁹.

VI.3. La falta de contradicción mediante el trámite de conclusiones

1. Las a menudo absurdas conclusiones reiterativas, farragosas, largas e incansables que para nada sirven se ahorran en un juicio verbal por mucho que se quiera justificar lo contrario en contra de la claridad con que ha de funcionar el artículo 447.1 LEC.

Ahora bien, un informe final correctamente elaborado y oralmente preparado, es útil a la formación de la convicción juzgadora y, en el terreno del peritaje, constituye la última oportunidad para contradecir los resultados de la prueba contralitigante. Perder la ventaja contradictoria de las conclusiones es en esos casos un inconveniente, pero su solución sólo puede proponerse *lege ferenda*.

2. En efecto, el artículo 447 LEC establece el itinerario procedimental del juicio verbal y es taxativo cuando indica que la vista termina con la práctica de la prueba si ésta se propuso y admitió, o con las alegaciones simplemente cuando no haya práctica probatoria. Se evita, en consecuencia, la necesidad de obrar remisiones a las disposiciones generales sobre las vistas, dirigidas en exclusiva, por consiguiente, al procedimiento de juicio ordinario y su trámite de conclusiones¹⁰⁰.

98. José María ASENSIO MELLADO, en *Proceso Civil Práctico*, cit.

99. En este sentido, Joan PICÓ JUNOY, *La prueba...*, cit., p. 111.

100. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Comentarios sistemáticos...*, cit., p. 919. En sentido contrario, por ejemplo, v. Juan MONTERO AROCA y José FLORS MATÍES (con otros), *Tratado de Juicio Verbal*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 20042, p. 935.

Es palmario que “las alegaciones de las partes” sólo tienen lugar cuando no hay práctica de prueba, por lo que una vez practicada la misma no cabe alegar en sentido de valorar o concluir sobre la prueba practicada. Asimismo, si no se plantea prueba, o ésta se propone sin éxito, al margen de la consabida protesta –no cabe reposición previa oral– tampoco tiene sentido reiterar la afirmación de la demanda, para el actor, o la contestación efectuada por el demandado, para éste. Cuando nada se ha practicado difícilmente cabrá añadir algo a lo manifestado con antelación, salvo acaso si se admite que el demandante responda la contestación, esto es, replique, y el demandado contradiga la réplica, es decir, duplique, retomando las formas del juicio de mayor cuantía de la LEC de 1881. Es más conveniente interpretar que se trata, simplemente, de que las “alegaciones” indicadas son referidas a las inicialmente expuestas. Pues, los actos de alegación se enlazan con la pretensión del actor y la resistencia del demandado, no con lo que uno y otro puedan concluir sobre la prueba practicada, momento final del proceso donde difícilmente puede “alegar-se” en sentido propio.

Un ejemplo de excepción se encuentra en el allanamiento, después de la práctica de los medios de prueba, acaso por advertir su fuerza de convicción sobre el juzgador. Sin trámite de conclusiones el demandado habría de esperar al cumplimiento voluntario de la sentencia condenatoria que se dictase (y que no recurriría), sin evitar las costas procesales del artículo 394.1 LEC, precepto igualmente aplicado tras allanamiento por remisión del artículo 395.2 LEC (allanarse después de la contestación). Nada impide, sin embargo, que finalizado el último acto de prueba la parte demandada solicite la venía para manifestarse exclusivamente sobre el allanamiento, lo que permite al juzgador dictar una sentencia mucho más sencilla (de conformidad, artículo 21.1 LEC) y en consecuencia prácticamente inmediata. Incluso, cabría que cualquier sujeto asumiera una determinada afirmación fáctica vertida de contrario y a su entender corroborada por la práctica de la prueba, suprimiendo su carácter controvertido en la litis. En estos casos también podríamos considerar la existencia de alegaciones en sentido propio.

Y sobre las alegaciones iniciales valga decir que si la parte actora utiliza la forma de la demanda del juicio ordinario (artículo 399 LEC) en

el trámite del juicio verbal, carece de sentido que haga algo más que afirmarse y ratificarse o, en su caso, añadir o modificar extremos que no alteren el fondo del asunto. Solo sería posible manifestarse sobre las propias pretensiones cuando la forma de la demanda hubiera sido sucinta o formularia (artículo 437 LEC), donde además es precisamente necesario el complemento en el momento de iniciar el juicio.

VI.4. El juicio verbal derivado del procedimiento monitorio

1. Cuando el juicio verbal deriva de la oposición del demandado a una petición monitoria, debe admitirse que resurge en el actor la posibilidad que tendría en cualquier demanda de juicio verbal, por mucho que la papeleta para iniciar el monitorio funcione a modo de demanda sucinta perfectamente válida en lo que interesa.

Ocurre que en los supuestos de conversión de monitorio a verbal el juzgador cita a las partes directamente a una vista, siendo excesivo que a quien sólo se le exigía el cumplimiento de determinados requisitos formales en la presentación de la solicitud monitoria (artículo 814.1 LEC), con una aportación documental que puede llegar a ser muy reducida (artículo 812 LEC), se le prive de los medios de prueba útiles y pertinentes, como podría serlo un peritaje *ex parte* o de experto judicialmente designado. De este modo el actor podría aportar el dictamen de peritos antes de la vista o en ésta, dependiendo de cuándo disponga de él. Y si fuera preciso, previa la oportuna justificación procedería la interrupción de la vista en función del artículo 193.1.3º LEC, aplicado al juicio verbal¹⁰¹.

2. El demandado, una vez resulta judicialmente requerido, es perfectamente conocedor de que oponiéndose a la petición monitoria provocará la celebración de una vista según los trámites del juicio verbal. Además sabe perfectamente cuál es el objeto procesal en liza, por lo que al oponerse ya puede aportar el dictamen que considere adecuado o, justificadamente, anunciar la pericia de la que no disponga en ese instante.

101. Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios...*, cit., p. 588.

VII. Recursos contra la inadmisión del medio de prueba pericial

VII.1. La regla general

1. En el juicio ordinario procede el recurso de reposición, oral si nos encontramos en el trámite de la audiencia previa o al inicio del acto de juicio, escrito si la propuesta tiene lugar antes o después de esa audiencia, y a tramitar con una sola parte si se trata de alguna solitud acompañada con la demanda en la medida que el demandado todavía no habrá podido personarse.

En cualquier caso se aplica el principio objetivo del vencimiento que impone la condena en costas al vencido. Esto significa que si el recurso de reposición se desestima la parte que lo impugnó será beneficiaria de las costas procesales generadas por esa actuación procesal (escrita u oral) que consistió en oponerse (impugnar) a la reposición. Cuando el recurso fuese estimado, si el litigante no recurrente se hubiera opuesto (lo hubiese impugnado), será condenado en costas. Debe insistirse en que existen costas en el trámite oral de este remedio procesal. Es conveniente que el juzgador advierta a las partes de las consecuencias procesales de su táctica recurrente o impugnadora, pues normalmente se considera que al manifestar oralmente el contenido de la impugnación y su respuesta el trámite no merece coste alguno.

2. Nótese además que las costas procesales que se imponen nada tienen que ver con las costas procesales del pleito principal, por lo que no importa que el infructuoso recurrente en reposición venza el litigio, o lo haga quien impugnó el recurso de reposición. En el supuesto de resolución oral, será ésta el título de ejecución correspondiente, cuya referencia documental se encuentra en el acta sucinta redactada por el secretario judicial.

La protesta se anota a simple efecto de apelación –sea en el juicio ordinario, sea en el juicio verbal– y no comporta ningún coste económico para quien la plantea, que por otra parte tampoco debe (ni en sentido propio *puede*) justificarla o razonarla en modo alguno.

VII.2. Actuaciones previas al proceso

En los supuestos de prueba anticipada, dado que las partes no existen como tales y por consiguiente resulta imposible que se encuentren personadas, el trámite del recurso de reposición en el que se oíría a los litigantes y la eventual protesta posterior no tiene ningún sentido. Se acudiría a la apelación directa, considerando que el auto denegatorio puso fin a las actuaciones existentes e iniciadas por la solicitud de prueba anticipada. Al no disponer de un trámite preferente, si la sección civil de la Audiencia provincial que corresponde no ofrece un tratamiento diferenciado a este tipo de apelaciones, la urgencia intrínseca de una anticipación probatoria perderá cualquier sentido; acaso sería más útil solicitar el aseguramiento previsto en el artículo 297 LEC o interponer la demanda con petición del peritaje interesado, con o sin aseguramiento.

VII.3. Actuaciones previas a la vista o a la audiencia previa

1. Debe tenerse en cuenta que los autos denegatorios referidos al peritaje que se dicten antes de la audiencia previa al juicio, no suponen una inadmisión del medio probatorio en sentido estricto. Si así fuese no es lógica la posibilidad de proponer ese mismo medio de prueba en un momento posterior, como se ha expuesto en virtud del artículo 429.1 LEC. La tramitación escrita de la reposición discute la denegación de las designas judiciales que solicitan las partes, o las solicitudes de entrega extemporánea de peritajes *ex parte*. Es lo cierto que, una vez denegadas, difícilmente pueden reiterarse con éxito, pero siquiera en los supuestos de prueba anticipada (donde la reposición no es viable, como ya se advirtió) se encuentra el juzgador en la tesitura de admitir o inadmitir la propuesta probatoria, que tiene un momento muy claro de realización (la audiencia previa al juicio), sólo excepcionado por nuevos hechos o el sobrevenido conocimiento de los mismos (antes del inicio del juicio) o la solicitud de diligencia final (cuando la causa se encuentra vista para sentencia).

2. Junto con la solicitud anticipatoria *ex ante* proceso se plantea la dualidad en el resto de casos donde faltan las personaciones, aunque

ya se haya iniciado el procedimiento con todas las partes litigantes que tuvieron oportunidad de comparecer, en la medida que la designación judicial que hubiera podido solicitarse tendría que llevarse a cabo en los cinco primeros días después de la contestación. De ese modo no habría tiempo de trasladar el escrito de recurso para su eventual impugnación (en cinco días) y cumplir el plazo de cinco días otorgado por la ley para que el juez resuelva (artículos 452 y 453 LEC).

VII.4. Régimen general del juicio ordinario (la audiencia previa)

1. En el trámite oral cabrá protesta oral frente a la denegación, a los efectos de una eventual apelación posterior contra la sentencia. En el trámite escrito no tiene cabida una protesta de índole oral, pero cuando la reposición se desestimase antes de la audiencia previa, en ésta procede una nueva proposición probatoria y el rito antes mencionado: nueva reposición, esta vez oral, y protesta.

2. Particularmente curioso es que se indique cómo la protesta tiene lugar a efectos de apelación, cuando nada se exige al respecto en el artículo 460.1.2º LEC. En ese precepto, la mención de la protesta se ciñe a una actuación en la “vista”, esto es, en el proceder oral del juicio verbal. Y en esa actuación procesal no cabe reposición contra la inadmisión de los medios de prueba (artículo 446 LEC)¹⁰². Se discute, pues, si la protesta es útil en el juicio ordinario.

Algunos autores afirman que la protesta es innecesaria según el texto de la ley¹⁰³, pero no se deduce tal conclusión de la expresa mención del artículo 285.2 *i.f.* LEC: “contra esa resolución [inadmisión de medio de prueba propuesto] sólo cabrá recurso de reposición, que se sustancia-

102. En contra, defiende la reposición Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, considerando que su resolución oral facilita la opción por el artículo 285.2 LEC vs. artículo 446 LEC; v. sus *Comentarios...*, cit., p. 766. En igual sentido J. M. CARRERAS MARAÑA, *Criterios judiciales de aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 2003-2004* (con otros autores, F. J. Carranza Cantera coord.), La Ley, Madrid, 2003, p. 169.

103. En sentido contrario Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 145, con anotación de jurisprudencia dictada al abrigo de la LEC/1881.

rá y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia”.

El régimen previsto para la prueba en general, propio del juicio declarativo ordinario, se incardina en la remisión que efectúa el artículo 445 LEC a los Capítulos V y VI del Título I del Libro II (artículos 281 a 386). En el juicio verbal procedería sin embargo la protesta única y directamente, ya que existe una regulación específica en este punto que así lo indica (artículo 446 LEC), esquivando con ello la aplicación del artículo 285.2 LEC.

Es cierto que el artículo 445 LEC establece una remisión al artículo 285.2 LEC, donde se prevé el recurso de reposición con antelación, mas la aplicación de este segundo precepto debe operar parcialmente, no en cuanto al contenido en un artículo específico para el juicio verbal que sólo prevé protesta, lo que por demás resulta acorde con las exigencias de la apelación, diferenciada según se trata de una sentencia dictada en juicio ordinario y otra derivada del juicio verbal (artículo 460.1.2º LEC).

Desde otra perspectiva, se asegura que para los actos orales en que se dictan resoluciones orales, habría de bastar la protesta, pues la reposición es acreedora de una tramitación escrita (artículos 451 y ss. LEC)¹⁰⁴.

VII.5. El supuesto especial ante el *iudex a quo*

Contra la falta de práctica de un medio de prueba propuesto y admitido procede la solicitud de diligencia final y, en su caso, el oportuno planteamiento en el recurso de apelación contra la sentencia definitiva de instancia. Puede ocurrir, incluso, que una vez admitida la utilidad y pertinencia de la pericia, el tribunal no proceda a la designación de experto, lo que como es obvio impone la imposibilidad de practicar el peritaje. Si la solicitud de diligencia final no tuviese lugar

104. Juan MONTERO AROCA, “Capítulo 13º. La prueba (II). Medios, valoración y procedimiento probatorio”, en *El nuevo proceso...*, cit., p. 331.

podría considerarse que la parte acepta la denegación y, de ese modo, su alegación de indefensión toparía con una actitud pasiva en la instancia, de modo que el eventual amparo constitucional se rechazaría por falta de diligencia probatoria¹⁰⁵.

VII.6. La nulidad de actuaciones judiciales

1. Mención aparte merece la nulidad de actuaciones, con un procedimiento específico que se sacrifica cuando, por medio de un recurso, es posible solventar el problema.

2. El cumplimiento de los requisitos legales del acto procesal determina su eficacia, mientras el incumplimiento de aquellos conlleva distintas clases de ineficacia jurídica.

El artículo 225 LEC establece las causas de nulidad, incluyendo en ellas, aparte la ausencia de requisitos procesales, presupuestos subjetivos del proceso (jurisdicción, competencia objetiva, competencia funcional) cuya falta impone la nulidad radical, que se añade a la realización de actos bajo violencia o intimidación, el actuar sin abogado cuando éste sea preceptivo o prescindiendo de normas procedimentales esenciales cuya falta haya podido causar indefensión. Como sistema de cierre, el citado precepto introduce “los demás casos” en que la LEC lo establezca. En materia de prueba acudiríamos a la indefensión producida por el quebranto del procedimiento, sirviéndose igualmente del cierre apuntado.

3. Ante las causas expuestas procede el examen de oficio pero siempre cabe la petición de parte: antes que se dicte resolución que de término al proceso, después de ese momento a través del sistema impugnativo ordinario, tras la firmeza mediante incidente de nulidad de actuaciones (artículo 228 LEC).

4. Cuando la denuncia del requisito procesal incumplido sólo quepa a instancia de parte hablaremos de anulabilidad del acto, cuya

105. Por ejemplo STC 243/2000, de 16 de octubre.

eficacia dependerá, en consecuencia, del poder dispositivo del litigante (artículos 227 y 229 LEC). Debe recordarse, asimismo, la posibilidad de subsanar lo subsanable (nunca la nulidad radical) en función de la economía procesal, al amparo del artículo 231 LEC, y el principio de conservación de los actos procesales (artículo 230 LEC).

VII.7. El régimen general en la segunda instancia

1. Con respecto al recurso de apelación es de aplicación el artículo 460.2 LEC, según el cual podrá solicitarse en segunda instancia la práctica de las pruebas (medios de prueba en realidad) que “hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista [...] las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales [...] las que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad”¹⁰⁶.

Si el mismo tipo de prueba (pericial) se practica a instancia de un litigante, la falta de práctica de un peritaje propuesto por otro litigante, aun cuando hubiese sido admitido, es justificado por la economía procesal, en tanto sería reiterativo e inútil, rechazándose la indefensión alegada por el segundo de los litigantes mencionados¹⁰⁷.

2. Ya se expuso que cuando alguna parte considere ilícita la obtención u origen de algún medio de prueba lo comunicará de inmediato al tribunal, quien también podrá plantear de oficio la ilicitud.

3. Contra la resolución que se dicte procede el recurso de reposición oral, pero con independencia de su decisión *a quo* las partes

106. STC 167/1988, de 27 de septiembre, FD 3º.

107. STC 167/1988, de 27 de septiembre, FD 3º.

podrán reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva (artículo 287.2 LEC).

4. De admitirse la prueba de peritos en la segunda instancia será de aplicación el contenido de los artículos 346 y 347 LEC y es posible que se trate tanto de un peritaje con experto designado *ex parte* o designado judicialmente.

La denegación del dictamen pericial ante la Audiencia provincial abre paso al recurso de reposición. Se ha indicado que el recurrente podría subsanar algún tipo de déficit en su solicitud y lograr con ello la estimación del remedio alcanzando la práctica del peritaje en segunda instancia. En sentido propio no es esa la finalidad de la reposición, pero nada impide que, en virtud del artículo 231 LEC, la subsanabilidad del defecto se advierta por el órgano judicial y se otorgue a la parte plazo para corregir el error, todo ello antes que el tribunal se manifieste negativamente sobre la petición. Una vez subsanado el problema, o transcurrido el plazo para hacerlo sin actuar, procedería la oportuna resolución.

VII.8. El recurso extraordinario por infracción procesal

1. Este medio de impugnación es posible siempre y cuando existiera interposición (obviamente infructuosa) de la reposición contra la denegación del peritaje solicitado en la segunda instancia (artículo 469.1.4º LEC). Y también procedería cuando, admitida la peritación ante la Audiencia provincial, la misma no acaba practicándose como medio de prueba.

2. Resulta competente la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, como Sala de lo civil (artículo 468 LEC), si bien la Disposición Final 16ª LEC atribuye este recurso, transitoriamente, a la Sala primera del Tribunal Supremo cuando no se trate de materias propias de la casación foral o civil especial perteneciente a la Comunidad Autónoma respectiva.

3. Dos son los posibles motivos para la impugnación extraordinaria mencionada, los previstos en los puntos tercero y cuarto del artículo

469.1 LEC. El tercer apartado comprende la “infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión”. Se incluyen en su contenido la inadmisión de pruebas estimadas pertinentes y la admisión probatoria de las obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (artículos 285, 286, 435 y 446 LEC).

En el cuarto apartado se establece como motivo la “vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”. En este precepto se comprende la protección del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y la interdicción de indefensión.

Es perfectamente posible, pues, que la parte recurrente funde su impugnación en ambos motivos a la vez.

4. Cuando el recurso se estimase procede anular la sentencia recurrida devolviendo la causa al tribunal inferior para que retrotraiga las actuaciones hasta el momento en que tuvo lugar la infracción procesal. En este sentido, algún autor defiende la necesidad de sustituir legalmente al juez que hubiera dictado la sentencia anulada, en aras de la imparcialidad juzgadora¹⁰⁸.

VII.9. El recurso de amparo constitucional

1. El último recurso jurídico reside en iniciar un procedimiento de amparo constitucional, una vez agotada la vía judicial previa, lo que incluye haber planteado la necesidad de prueba desde un primer momento¹⁰⁹, perseverar en ello durante la primera instancia¹¹⁰ e intentarlo de nuevo en el segundo grado jurisdiccional¹¹¹.

108. Joan PICÓ JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, José María Bosch ed., Barcelona, 1998, pp. 111 y ss.; del mismo, *La prueba...*, cit., p. 142.

109. Por todas, STC 173/2000, de 26 de junio.

110. STC 52/2001, de 26 de febrero.

111. STC 73/2001, de 26 de marzo.

Establece el artículo 44.1 LOTC que “las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional. c) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”. El segundo apartado del mismo precepto impone un plazo de veinte días hábiles para interponer el recurso de amparo a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

2. La estimación del amparo radica en la indefensión material de un recurrente que no la haya provocado por sí mismo. Pero el mayor problema reside en la nota de subjetividad que se advierte cuando se exige un juicio hipotético sobre el resultado favorable del pleito en el recurrente para el supuesto de que se hubiera practicado el dictamen de peritos¹¹². La crítica doctrinal pasa por sustentar el éxito del amparo cuando el peritaje propuesto cumpliera los límites intrínsecos a la actividad de probar, que son la pertinencia, utilidad y licitud, al tiempo que los extrínsecos, propios del proceder legal, se sumasen al perjuicio del resultado sentenciador, provocando auténtica indefensión¹¹³.

112. Cfr. Capítulo Primero, epígrafe I, apartado 1.

113. Joan PICÓ JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, José María Bosch ed., Barcelona, 1996, pp. 145 y ss.; del mismo, *La prueba...*, cit., p. 149.

VIII. Valoración del peritaje

VIII.1. Planteamiento

1. El dictamen pericial ha de constar por escrito por expreso mandato del legislador, pero aunque no se impone cuál deba ser su estructura, para favorecer la mejor valoración juzgadora conviene recordar los elementos que componen este tipo especial de documento. Conviene precisar, a su vez, que determinadas carencias podrían impedir un correcto examen judicial o la necesidad de que el perito complete el dictamen entregado.

2. En primer lugar es importante que el experto identifique la cuestión a peritar, extremo que de entrada permitirá observar fallos de omisión o extralimitaciones improcedentes. Asimismo es interesante exponer la metodología utilizada y el camino seguido en la actividad pericial, así como el señalamiento de los instrumentos de análisis utilizados, consignando en su caso la utilidad práctica de los mismos, fiabilidad y prestigio científico que disfruten. Cabe añadir las circunstancias en las que se ha producido el acto de peritar, eventuales antecedentes, problemas sufridos y datos objetivables de mayor interés. En este último sentido, la actividad del perito es de naturaleza científica, lo que permitirá contrastes de igual índole con peritajes de otros profesionales que hayan intervenido o vayan a intervenir. Por último, no debiera faltar la elaboración de conclusiones congruentes con el objeto de la pericia, operando con toda la claridad y precisión que sea posible.

3. A efectos de valoración es de aplicar el régimen general de la prueba, donde predomina la libre convicción juzgadora. El denominado sistema de prueba legal supone que la norma jurídica contiene expresa o implícitamente una determinada conclusión valorativa. El sistema “libre”¹¹⁴, en cambio, deja en manos del juez la valoración de las pruebas, en función de su experiencia personal.

114. Esta expresión se utiliza expresamente en el artículo 453 ZPO, cfr. Adolf BAUMBACH, Wolfgang LAUTERBACH, Jan ALBERS y Peter HARTMANN, *Zivilprozeßordnung*, cit., pp. 1333 y s.; Heinz THOMAS y Hans PUTZO, *Zivilprozeßordnung*, cit., p. 751; Richard ZÖLLER et. al., *Zivilprozeßordnung*, cit., pp. 1095.

Nuestra LEC adopta una posición mixta, pues en ocasiones bastará la verificación de un hecho afirmado para prescindir del convencimiento interno y aplicar la consecuencia jurídica ordenada en la norma. Esto ocurre con respecto a la prueba documental¹¹⁵ y con algunas singularidades del interrogatorio de parte, de testigos y reconocimiento judicial¹¹⁶.

Para el peritaje funciona en exclusiva la libre valoración (artículos 218.2 y 348 LEC), destacando que la expresión acuñada (“sana crítica”) presenta menos inconvenientes que la tradicional expresión “prueba libre”.

VIII.2. El criterio valorativo

1. Una vez aportado el dictamen escrito, anudado a la eventual intervención del perito en la vista o en el juicio, quedará en manos del juez para extraer del mismo la convicción correspondiente. Establece el artículo 348 LEC que el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, que la jurisprudencia entiende configurada con las más elementales directrices de la lógica humana¹¹⁷.

Es claro que la remisión a la lógica debe entenderse en sentido coloquial, ajeno a la lógica científica que convocaría de necesidad la presencia de un experto, por mucho que su ciencia se apoye en el conocimiento humano (es lógica *humana*) del que todos participamos¹¹⁸.

115. Artículos 319 a 323 y 326 LEC y 1218 I y II, 1219, 1220 I y II, 1221 I.1º, 2º, 3º, 1221 II, 1225, 1227 a 1230 CC.

116. Respectivamente artículos 316.1 LEC, 5.1 Ccom, 358.1 y 319.1 LEC.

117. Por todas, STS de 14 de octubre de 2000, FD 2º (BDEJ 73551).

118. Y quizás se trate de una de las disciplinas científicas más difíciles de aprehender por el juzgador, pues se trata de constantes y variables, del cálculo proposicional, de las teorías de clases, identidad, relaciones, de la aplicación de la lógica a las matemáticas, etcétera. La lógica jurídica –de la que el juez se supone sabedor– participa, al cabo, de esa perspectiva laxa del término, pero si nos adentráramos en esta ►

La sana crítica no supone “que la Ley rehuya en absoluto indicar a los juzgadores cómo deben apreciar y valorar los dictámenes periciales, sino sola y exclusivamente que, de un lado, renuncia a atribuir a éstos en abstracto una determinada eficiencia, esto es, a someterla a un régimen de prueba tasada; y, de otro, que omite suministrar a aquéllos unos criterios precisos de acuerdo con los cuales formar su convicción, limitándose a fijar unas pautas genéricas de conducta. Aun cuando algún sector de la doctrina y ciertos pronunciamientos jurisdiccionales aislados -V. gr., la STS., Sala Primera, de 5 de mayo de 1989- han pretendido distinguir el sistema de valoración conforme a las reglas de la sana crítica como un *tertium genus*, a medio camino entre la prueba tasada y la libre valoración, la doctrina jurisprudencial mayoritaria subraya la íntima vinculación entre apreciación libre -o discrecional- y valoración realizada según las reglas de la sana crítica, y aun su equiparación, en contraste con el sistema de “prueba tasada” [...]. Sin embargo, ha de repararse en que, como se ha dicho con acierto, “no es lo mismo no saber hacer lo que hace el perito, que apreciar luego sus argumentos, puesto que el que no sabe hacer una cosa, puede, sin embargo, criticarla”¹¹⁹.

2. Si la valoración juzgadora no puede alcanzar una convicción anclada en la certeza, para evitar el *liquet* el juez se basará en las reglas que distribuyen el *onus probandi* (artículos 217.2 y 3 LEC), constitutivas de *ius cogens*, bajo el abrigo de los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria (artículo 217.6 LEC).

118. disciplina acabaríamos por topar con la lógica científica que aborda el método deductivo. De éste se sirve el juzgador, en el fondo, cuando valora elementos de convicción, en particular las presunciones, pero en un plano muy primario de la materia, ajeno al significado de los axiomas y los términos primitivos, los teoremas y la formalización de definiciones y demostraciones, la teoría de la decisión y otros muchos elementos del método deductivo. Acaso convendría la formación judicial al respecto de ciertos contenidos lógicos, para mejor aprender a razonar y decidir sobre cuestiones litigiosas.

119. SAP Madrid de 15 de febrero de 2003, FD 19º (EDJ 20667).

VIII.3. Igualdad de tratamiento entre los peritajes practicados

1. Operando la sana crítica no existe ninguna vinculación en la tarea juzgadora ni se advierten preferencias entre el peritaje designado por la parte y el designado judicialmente a su instancia.

Aunque en relación con los peritajes extrajudiciales utilizados antes de la actual LEC, nuestro Tribunal Supremo indica que ningún precepto legal permitía en la LEC/1881 la discriminación de un peritaje en virtud de su origen *ex parte*: “en modo alguno quepa sustentar el hipotético error en la mera afirmación de una preferencia de la prueba pericial respecto de los informes técnicos acompañados con los escritos de alegaciones, pues no existe ningún precepto legal que lo establezca, y aún cuando es cierto que en algunas Sentencias de esta Sala se reconoció la mayor fiabilidad de la pericial, practicada de conformidad con la previsión legal al efecto, respecto de los informes técnicos preconstituidos, ello no obsta a que mediante la valoración adecuada, suficientemente motivada, se pueda atribuir a dichos informes una superior eficacia probatoria, especialmente cuando por su minuciosidad, claridad y comprensibilidad resultan más convincentes al juzgador, con tanto mayor motivo si hacen referencia a cuestiones donde es más factible puedan operar las máximas de experiencia y reglas de la sana crítica judicial, cuyo ejercicio es función soberana de los Tribunales de instancia, solo susceptible de control en caso de error evidente o ilogicidad”¹²⁰.

2. Si desde el ámbito de la valoración judicial se promueve el demérito del perito designado por el litigante frente al designado judicialmente, puede generarse la tendencia de que los abogados prescindan de aquél y prefieran éste, afectando negativamente la pretendida agilidad de la actual LEC¹²¹. Si eso ocurre no les importará con-

120. STS de 5 de abril de 2001, FD 3º (BDEJ 26444).

121. María SANAHUJA BUENAVENTURA, “El problemático juicio verbal”, en *La aplicación judicial de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, (con otros autores, Joan Picó Junoy dir.), José María Bosch ed., Barcelona, 2002, p. 97. En igual sentido, con cita de la anterior, Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba...”, cit., p. 100, que anota en contra la SAP de Vizcaya de 19 de junio de 2003 (Ar. 211922).

feccionar los escritos iniciales sin conocer el parecer del experto, perjudicando la mejor corrección y ajuste de aquellos o usando un asesoramiento extraprocesal que elevará el gasto. Tampoco se preocuparán de que suponga un trámite de solicitud, designación, aceptación y nombramiento inexistente con respecto al perito designado *ex parte*, o que implique un mayor coste económico en tanto no se pueda elegir dentro del abanico de posibilidades del mercado privado y su competitividad y que en ocasiones, como ya se ha indicado, aunque se solicite perito judicialmente designado, se hayan satisfecho extraprocesalmente honorarios de un experto para elaborar más atinadamente la demanda o la contestación, coste que asumirá el cliente pero que resultará difícil ubicarlo en el terreno de las costas tras un resultado victorioso.

Podría el letrado inflar sus honorarios y gastos, incluyendo dentro de los mismos el asesoramiento extrajudicial del experto, pero exponerse a una impugnación de los aquellos por excesivos.

3. Tampoco pueden justificarse con apoyo en la legislación procesal preferencias entre los peritajes a instancia de parte y los peritajes ordenados de oficio cuando se trata de procesos de objeto indisponible.

Es perfectamente posible, sin embargo, estimar convincente una parte de un peritaje y descartar el resto, operando de ese modo con todos o con sólo alguno de los trabajos expertos practicados como prueba. La valoración conjunta del juzgador supondría en tal caso el uso de una serie de conocimientos científicos obtenidos de diversos expertos, a modo de construir un peritaje *ad hoc* de la reunión escogida de todos los peritajes practicados, con los consabidos razonamientos de por qué se escoge y desecha una y otra parte¹²².

122. Hay autores que niegan la posibilidad de servirse parcialmente de un peritaje, exigiendo en consecuencia que se acoja o se descarte totalmente uno y otro trabajos periciales; en contra Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Manual...*, cit., p. 130. En esta línea véase, por todas, STS de 6 de abril de 2000, FD 2º (BDEJ 5623).

VIII.4. La impugnación de la valoración

1. El contenido valorativo se introducirá en el ámbito material de la sentencia y, como tal, podrá ser recurrido en apelación, primero, y a través del recurso extraordinario por infracción procesal, en segundo lugar. La casación se encuentra vedada, sin embargo, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia¹²³.

2. La libertad de valoración es útil para desmerecer los argumentos de parcialidad de los peritajes confeccionados por expertos designados por las partes, al margen que con éstas y a través del sistema de tachas se encuentre otra manera de paliar el riesgo de parcialidad tan criticado por la doctrina científica.

En esta línea se defiende que el juzgador es capaz de valorar el peritaje aunque nada sepa de la ciencia, arte, técnica o práctica vertida en aquél. Se ha llegado a indicar que junto con la información jurídica el juez debería ostentar una personalidad humana madura, prudencia y sentido crítico¹²⁴.

Con todo, es difícil la impugnación de la sentencia en función de discutir la valoración libre del juzgador sobre determinadas pericias, pero tendría cabida a través de la infracción de las reglas de la sana crítica, es decir, despreciando cualquier “lógica humana”. Debe recordarse que “no existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno [...]”¹²⁵.

3. La motivación es, sin duda alguna, el elemento fundamental en la construcción de la decisión juzgadora¹²⁶. Se tratará, pues, de la irracionalidad, lo absurdo, lo disparatado de la motivación, si bien estas

123. Sobre ello véase Eduardo FONT SERRA, *El dictamen de peritos...*, cit., p. 326.

124. De esta respuesta “clásica” sobre la capacidad valorativa del juez se hace eco Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal...*, cit., p. 367.

125. SAP Baleares de 24 de mayo de 2004, FD 3º (EDJ 45793).

126. En palabras de Piero CALAMANDREI, motivación es “el diario de viaje de la lógica judicial”, *Proceso y democracia*, EJEA, Buenos Aires, 1960, p. 118. Cfr. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *El recurso...*, cit., pp. 53 y ss.

palabras no permiten un juicio objetivo a menos que se asocien concretamente con las eventuales vicisitudes de la actividad jurisdiccional. En este sentido, la doctrina ha dividido la vulneración de la sana crítica en tres grupos: el error notorio, la omisión de datos y la arbitrariedad¹²⁷.

El error notorio tendrá relevancia cuando provoque injusticia, pero ésta no es criterio dirimente y aquél bastará para corregir la falibilidad humana advertida, aun cuando con ello se concluya en la injusticia material de la decisión final, en tanto delimitado un *factum* (sin errores), en cuanto se deba aplicar una determinada norma jurídica por principio de legalidad que lleve a una consecuencia en realidad indeseable¹²⁸.

La omisión de datos sólo importará cuando las consecuencias de ello sean relevantes, mas es absurdo sostener que su alegato resulte necesario cuando su incorporación a la valoración no sea decisiva para operar algún tipo de cambio en la decisión. Y no lo es el mero hecho de hacer constar la realización de un peritaje para su inclusión como costa procesal. Ésta tiene lugar se valore o no se valore el peritaje propuesto y admitido, salvo en muy claros supuestos de inutilidad o impertinencia advertida *ex post* y así justificada expresamente.

La arbitrariedad, muy a menudo opuesta por definición a la discrecionalidad, exige recordar lo siguiente. El artículo 9.3 CE garantiza de un modo específico la prohibición de arbitrariedad en el actuar de los poderes públicos, donde se ubican los tribunales de justicia del Estado a no dudarlo. La base última de esa interdicción no deja de apuntar hacia la justicia material que suele reflejarse en los principios generales del Derecho, operativos de ese modo para el examen de lo que es y lo que no la arbitrariedad. Pues, aquellos ordenan una acción

127. Ignacio CUBILLO LÓPEZ, "La prueba...", cit., p. 135, con cita de SsTS 21 de enero de 2000, 16 de octubre de 2000, 23 de noviembre de 2000, 19 de julio de 2001, 18 de diciembre de 2001, 4 de julio de 2003,

128. Sobre esta materia es interesante consultar los trabajos de Genaro ESCOBEDO, *La sentenza suicide*, Frattelli Bocca editores, Milano, 1943; de Gustav RADRUCH, "Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las Leyes", en *Derecho injusto y Derecho nulo* (con Eberhard Schmidt y Hans Welzel), Ed. Aguilar, Madrid, 1971, pp. 3 a 22; y de Albert CALSAMIGLIA BLANCFORT, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 108.

no arbitraria de los poderes públicos. Y con ello puede reflejarse alguno de los elementos anteriores, en particular el problema de la injusticia material.

4. A modo de ejemplo puede tildarse de arbitrario aquello que prescinda de un fundamento objetivo, contrastable por cualquiera, que el juez expondrá siempre en su motivación. Decisiones desproporcionadas o incongruentes con la finalidad perseguida serán arbitrarias, así como lo que comporte resultados manifiestamente injustos o contradiga la naturaleza de las cosas¹²⁹. En cierto modo, de nuevo nos colocamos en un resbaladizo terreno abstracto.

Es de subrayar, además, que debe prescindirse de equiparar la libre valoración probatoria del peritaje a la discrecionalidad, por mucho que esta última –sobre todo en el ámbito administrativo– se oponga tradicionalmente al actuar arbitrario. La prueba valorada según la sana crítica es la valorada sin arbitrariedad y sin discreción, sino razonadamente. Asimismo, el juzgador procede a una apreciación conjunta de la prueba, por lo que la libertad valorativa sobre el peritaje practicado observa dos pautas de influencia. Por un lado el efecto del resto de prueba practicada que ha de valorar del mismo modo que el peritaje (a través de la sana crítica), y que es en realidad la que se aprecia conjuntamente. De otra parte la influencia limitativa de la prueba legal, porque cuando ésta aparezca no podrán desconocerse sus efectos, vinculantes para el juez.

129. Véase, a éste último respecto, Anthony QUINTON, *The Nature of Things*, Routledge & Paul Kegan, London-Boston-Henley, 1973.