

## Capítulo Cuarto

# Excurso sobre la ampliación de oficio del dictamen pericial y los límites de la iniciativa probatoria del juez civil

### I. Preliminar

1. Vaya por delante un apunte general sobre el voluntarismo judicial, pues llama especialmente la atención la reiterada presencia de lecciones sobre el imperio de la ley a lo largo del temario de oposición a la judicatura, y lo fácil que en ocasiones acaba el juez por olvidar ese sometimiento, sobre todo cuando sus decisiones reciben el beneplácito de litigantes que no las discuten. El juez se convierte en ilícito legislador y las partes procesales se convierten en sus cómplices.

2. Se ha afirmado que “las normas procesales establecen unas reglas que deben ser cumplidas por todos los que intervienen en los pleitos, y que la infracción de dichas normas no pueden ser admitidas; regla sobre la cual cabría añadir la salvedad de que las contrapartes lo admitan y no afecten a derechos fundamentales o al orden público”<sup>194</sup>. Debe plantearse, en este sentido, si el Derecho procesal es derecho cogente y si dentro del mismo puede distinguirse lo que constituye orden público procesal y lo que no, pues esto último, siempre que no afectase a derechos fundamentales, podría ser autorregulado por las partes aun cuando sigue siendo *ius cogens*. Acaso el Derecho procesal no sería Derecho necesario sino en su relación con los derechos fundamentales (y el orden público), permitiendo que en su

---

194. SAP Segovia (Secc. 1ª) de 4 de mayo de 2004, FD 2º (EDJ 54081).

campo de acción pudieran las partes confeccionar un trámite o proceder, como si se tratase de un arbitraje.

## II. Introducción

1. En la nueva LEC las diligencias para mejor proveer reguladas en la LEC/1881 han desaparecido tanto terminológica como conceptualmente. La radical modificación se advierte inevitablemente desde la misma Exposición de Motivos de aquella norma, donde leemos que “como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de prueba, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado”.

2. Gran parte de la doctrina ha considerado que las diligencias finales se ubican en las facultades de dirección material, quizás como la máxima concesión del legislador al principio de investigación oficial dentro del proceso dispositivo. Mas sólo excepcionalmente cabrá su adopción de oficio, pues por regla funcionan a petición de parte<sup>195</sup>.

En cualquier caso, el juez no podría convertirse en colaborador de los litigantes<sup>196</sup>. En efecto, el tribunal no debe ayudar a las partes favoreciendo a una en perjuicio de otra, ni actuar como si desempeñase la función letrada<sup>197</sup>. De otro lado, vaya por delante que la aceleración y unidad de acto construida para el juicio verbal permite diversos inconvenientes prácticos que, en ocasiones, sólo pueden solucionarse con la suspensión de la vista, antítesis de esa rapidez y unidad. La vía de las diligencias finales podría solucionar los mismos problemas con menos dramatismo desde el punto de vista procedimental, pero nunca

---

**195.** Juan Luis GÓMEZ COLOMER, en “Capítulo 16º. La prueba (V). Testifical, nuevos medios, presunciones y diligencias finales”, en *El nuevo proceso civil* (con otros autores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001<sup>2</sup>, p. 396. Véase, en general, Juan MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva LEC. Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

**196.** Juan Luis GÓMEZ COLOMER, en “Capítulo 16º. La prueba (V)...”, cit., p. 397.

**197.** Por todos, Andrés DE LA OLIVA SANTOS, en *Comentarios...*, cit., p. 736.

puede utilizarse un inconveniente práctico como justificación para convertir al juez en legislador, pues debe someterse a una correcta (ni más ni menos rigurosa) interpretación de la ley<sup>198</sup>.

### III. Algunos argumentos delimitadores de la potestad judicial en esta materia

1. Sentado lo anterior, la cuestión planteada debe contextualizarse en el restrictivo ámbito de las diligencias finales previstas en el artículo 435 LEC. Y no puede olvidarse que, además, el régimen de las diligencias finales de oficio se somete a un plus de restricción que incrementa la dificultad de su motivación judicial. Particularmente, alguno de los requisitos legales previstos en el apartado segundo del citado precepto viene preordenado bajo creencias sobre el eventual éxito de la prueba, como lo son los “motivos fundados para creer”. Ello no obstante, algún otro requisito se deduce implícito para con la ampliación del peritaje, por cuanto inevitablemente implica que la actividad pericial ya se ha producido como un medio de prueba a instancia de parte.

2. De otro lado conviene puntualizar que, en puridad, más que una ampliación del peritaje se trataría de plantear al experto, actuante en la vista, la posibilidad y utilidad de una ampliación, de conformidad con el presupuesto que para ello recoge el artículo 347.1.4º LEC. Al tiempo, a casi nadie escapa que en términos generales la iniciativa probatoria judicial se reduce, en los procesos de objeto dispositivo, a la sugerencia sobre medios de prueba no propuestos por las partes, nunca a la sustitución de las partes en el quehacer proponente<sup>199</sup>. Y resulta incontestable la taxatividad del artículo 347.2 LEC, según el

---

**198.** A favor del voluntarismo judicial se manifiestan Sara ARAGONESES MARTÍNEZ y Rafael HINOJOSA SEGOVIA, “La prueba en general”, en *Cien cuestiones...*, cit., p. 35.

**199.** No obstante, hay quien ha entendido que el artículo 429.1 LEC constituye base suficiente para que el juez legitime una iniciativa probatoria en el proceso civil dispositivo; Xavier ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Bosch ed., Barcelona, 2005.

cual ningún juzgador puede, de oficio y fuera de los procesos no dispositivos (artículos 748 y siguientes LEC), plantear la ampliación de un peritaje. De ese modo, no parece lógico que aquello prohibido expresamente cuando se desarrolla la actividad probatoria fundamental vaya a permitirse en momento procesal posterior, máxime cuando debe ampararse en una decisión básicamente discrecional si apreciamos el requisito probabilístico de los “motivos fundados para creer”, para algunos autores una dicción legal cabalística o propia de las profesiones de fe<sup>200</sup>. Admitir la ampliación de oficio de un peritaje que nunca hubiera podido practicarse de oficio en la vista, podría defraudar el contenido sustantivo del artículo 347.2 LEC a través de un uso asistemático e inopinadamente aislado del artículo 435.2 LEC.

#### IV. Bajo el principio de legalidad procesal

1. Conviene, en último término, valorar si la referida decisión excepcional de oficio es en verdad una pura iniciativa judicial probatoria. Dicho de otro modo, si esa facultad discrecional del juez puede convertirse en una manera de subvertir la regla general de exclusividad en la proposición de medios de prueba a instancia de parte, fiel al principio de aportación de parte e inextricablemente vinculada al *onus probandi* a la hora de valorar en convicción la prueba practicada.

Se trata de evaluar el alcance de la decisión de oficio que obviamente viene recogida en la literalidad del artículo 435.2 LEC, aceptada genéricamente de conformidad con el precepto<sup>201</sup>. En este sentido, el principio de aportación de parte difícilmente resultaría dañado si los litigantes plantearan la ampliación en el acto de la vista y aquella, siendo posible y útil a criterio del perito, acaba frustrándose o, siquiera, llega al experto a

**200.** José Luis VÁZQUEZ SOTELO, “Las diligencias finales”, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (con otros autores), II, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2000, p. 556.

**201.** Pero a menudo sin desarrollar el contenido de la cuestión que nos ocupa; *sic* José María RIFÁ SOLER, “Del dictamen...”, cit., p. 1.629.

manifestarse sobre el particular. En absoluto suplanta el juez a las partes cuando acuerda de oficio una ampliación pericial que no admitió en la vista, o que admitió pero no practicó porque no fue materialmente posible, o incluso si acordó la interrupción de la vista para permitirlo y en la reanudación siguió sin ser viable la realización de la ampliación.

2. En cualquiera de todos estos supuestos no se produce una aislada iniciativa judicial al momento de introducir la ampliación pericial. Es decir, aunque la decisión judicial sea de oficio en orden a acordar la diligencia final –esto es, ninguna parte habiéndola instado–, a un nivel de proposición probatoria no se elude la pretérita instancia de parte. De ese modo, resultaría inmaculada una interpretación sistemática acorde con el citado artículo 347.2 LEC y el análisis teleológico que conduce hasta el mantenimiento de la limitación probatoria del juzgador en los procesos civiles dispositivos, colocada irremediablemente en la sugerencia prevista ex artículo 429.1 LEC.

3. A pesar de todo, no podría esquivarse ni el respeto a todo el cúmulo de requisitos precisados en el artículo 435.2 LEC, ni la interpretación restrictiva de dicha hipótesis procesal por definición del carácter extraordinario de la diligencia final de oficio.

## V. Contra el aumento de poderes judiciales de dirección material del proceso

1. Tampoco cabe esquivar el planteamiento de otras tesis que ven en las diligencias finales extraordinarias la posibilidad de que el juzgador decida de oficio sobre medios de prueba siquiera propuestos por las partes en el momento procesal oportuno, sea en la vista de juicio sea acomodándose a la solicitud de una diligencia final<sup>202</sup>. En tal hipó-

---

**202.** Véase por ejemplo Xavier ABEL LLUCH, “Las diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC”, *Diario La Ley* núm. 5884, 3 de noviembre de 2003. A favor de la diligencia final de oficio para sortear la práctica incompleta, deficiente o imperfecta, v. Ángel Vicente ILLESCAS RUS, *La prueba...*, cit., p. 356.

tesis, si se defiende que un juzgador civil pueda, de oficio mediante diligencia final, acordar un peritaje, con mayor razón podría decidir sobre la ampliación de un peritaje ya efectuado –ineludiblemente a instancia de parte, debe convenirse– en el acto de la vista. Este dato, y sólo hasta cierto punto, relativizaría la radicalidad del planteamiento en los procesos civiles dispositivos. Pero todavía debería sortear la prohibición expresa del artículo 347.2 LEC, que en definitiva persigue limitar la iniciativa probatoria de oficio, en el bien entendido que una ampliación del peritaje podría considerarse, en sí misma, una peritación propia.

2. No somos partidarios de esta tendencia o incremento de poderes en el juzgador civil, pero mucho menos que por voluntarismo judicial se justifique un fraude de ley, como lo sería yugular la concreta y taxativa prohibición del artículo 347.2 LEC merced a la potestad genérica –aunque de motivación excepcional– del artículo 435.2 LEC, al modo de las clásicas y extintas diligencias para mejor proveer<sup>203</sup>.

Es lo cierto que no se afecta el objeto litigioso (a salvo pues el principio dispositivo) en el momento de probar las alegaciones de cada litigante, y que nos encontramos en sede de desarrollo procesal bajo el principio o regla de aportación de parte. Si permitiéramos que las partes sólo se preocupasen de iniciar el procedimiento o de terminarlo anormalmente una vez iniciado, tuviesen o no, también, la posibilidad de proponer la práctica de medios de prueba, se eliminaría la (absurda) posibilidad de un proceso civil (dispositivo) iniciado de oficio, pero no de que el ejercicio jurisdiccional se convierta en un superlativo de imparcialidad al tener el juez que decidir sobre qué prueba es idónea para descubrir la “verdad”. Incluso en aquellos supuestos donde sea nula la actividad probatoria del litigante.

En aquellos sistemas procesales donde la función social del Derecho opera la llamada “publicización”, se corre el riesgo de

---

**203.** Que demasiado a menudo lo fueron para mejor dilatar, v. Miguel FENECH NAVARRO, “Patología procesal y orgánica”, en *Estudios de Derecho Procesal* (con Jorge Carreras Llansana), Librería Bosch, Barcelona, 1962, p. 86; Ricardo YÁÑEZ VELASCO, “La buena fe procesal y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Algunas consideraciones sobre la actividad letrada ante el órgano jurisdiccional civil)”, *Economist & Jurist*, nº 47, enero-febrero 2001, p. 61 y nota núm. 14.

acabar permitiendo que el juez civil inicie un proceso civil de oficio –y no de los actuales “no dispositivos”–. Aunque no se encuentra ningún supuesto previsto en su articulado, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica muestra un planteamiento de principio que acepta dicha iniciación oficial, proclamándola en general aunque anudando su práctica a la previsión expresa, inexistente como decimos.

Al fin y al cabo, el *proceso como juego* acabaría teniendo un único jugador, un juez que sería el último en mover las piezas, tanto blancas como negras, del ajedrez probatorio, alterando radicalmente, o suprimiendo sin remedio, las estrategias de los letrados actuantes a ese respecto. El juez civil se alzaría como juez inquisitivo, hipótesis que acaso no impediría su imparcial actuar, pero inevitablemente lo haría mucho más difícil. Para Giuseppe Chiovenda sería algo psicológicamente incompatible, pues lo era buscar medios de defensa de las partes y juzgar a un mismo tiempo<sup>204</sup>.

3. Con independencia de postular, *lege ferenda*, este tipo de poder judicial discrecional, acabaría por disminuir enormemente el sentido de las cargas probatorias y las reglas de valoración previstas en el artículo 217 LEC. Efectivamente, el juez sólo dudaría ante pruebas necesarias completamente practicadas, pero nunca por la falta de prueba, que le habría correspondido solventar directamente en aras de la máxima aproximación de su juicio a la denominada verdad material<sup>205</sup>.

---

**204.** Giuseppe CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, Jovene, Napoli, 1923, p. 729. Jaime GUASP DELGADO aseguró que el principio dispositivo es reminiscencia de ordenamientos primitivos, apostando por el principio inquisitivo (v. su *Derecho...*, cit. (1962), p. 327). Puede leerse una fuerte crítica a este planteamiento a cargo de Enrico Tullio LIEBMAN, “Fondamento del principio dispositivo”, en *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, p. 14.

**205.** De modo más atenuado, con la LEC/1881 se había diferenciado entre recibir el pleito a prueba pero no proponer medios de prueba; Joan PICÓ JUNOY, *El derecho...*, cit., p. 225.

## VI. Las pretendidas razones “prácticas” desde planteamientos casuísticos

1. Contra las estructuras de claro rasgo positivista hay tesis judicia- listas que descienden al terreno de los casos concretos para plantear la necesidad de alcanzar la verdad de la controversia y la justicia de la solución judicial. A modo de ejemplo podría decirse que el juzgador dispone de varios peritajes, uno propuesto por cada parte litigante, pero ninguno ofreciendo la necesaria seguridad para generar convicción. Ante tal circunstancia, asumiendo que el peritaje es un medio de prueba –no un auxilio exclusivamente– que tiende al convencimiento judicial sobre la realidad (procesal) de un determinado relato fáctico, se observaría un juez que duda y, de ese modo, un juez que para resolver el pleito activará las herramientas de valoración ofrecidas a través del artículo 217 LEC. La parte que tenga carga de probar la alegación que pretende apoyarse en ese peritaje será perjudicada por la falta de eficacia del mismo. En cierta manera el supuesto se asemejaría a la hipótesis de que esa parte no hubiera presentado ningún medio de prueba sobre el particular, extremo que no puede subsanar el juzgador, al término del proceso, del mismo modo que no pudo hacerlo en una etapa anterior a la admisión de prueba, donde a lo sumo se le permite orientar a las partes sobre la necesidad de probar un determinado extremo controvertido (artículo 429.1 LEC). Y dicho sea, la parte no levanta su carga de probar por el hecho de que proponga un medio probatorio y éste se practique. Es preciso que la tal práctica conlleve el convencimiento judicial, pues sólo sin éste (únicamente en caso de duda juzgadora) se establece la regla valorativa apoyada en el *onus probandi*. En fin, la carga de probar se completa cuando *se le prueba al juez*; no tiene lugar si este último mantiene la incerteza sobre el *factum* litigioso tras oportuno período probatorio.

2. Otra cuestión a matizar es el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del quehacer pericial. Cuando el experto no presenta el informe o dictamen referido, en tanto obligado a colaborar con la Administración de justicia (artículos 118 CE y 17.1 LOPJ), podría el juez, de oficio, requerir la entrega bajo diversos tipos de lícita coacción, incluso la advertencia de que la negativa podría comportar un delito de desobediencia a la autoridad judicial (artículo 556 CP). Si el informe o el dictamen pericial resultara incompleto o a toda luz incorrecto no

debe descartarse que, incluso de oficio, el juez exija al experto que cumpla adecuadamente con su promesa o juramento de peritar (artículo 335.2 LEC), bajo los mismos condicionamientos expresados.

Sin embargo, y al margen de que el perito desobediente acabe imputado en la jurisdicción penal, su negativa u omisión ante el requerimiento –que cabe, también, en el momento de una diligencia final– conduce a la falta de prueba pericial o a un peritaje deficitario. Y de nuevo se activarían aquí las reglas de la carga probatoria sin permitir una absolución en la instancia, independientemente de la responsabilidad civil o de otro tipo que pueda exigírsele al experto.

3. Con respecto a que las pericias hayan sido conducentes a lo pretendido (ver artículo 435.2 LEC), nótese que si se tratase de un peritaje designado judicialmente con el acuerdo de todo litigante, cada uno de éstos querrá acreditar un sentido o signo en cierto grado distinto del buscado por la contraparte. En consecuencia, si se observa el resultado efectivamente obtenido *ab initio* ya resulta imposible que el peritaje sea conducente para los proponentes, pues con mucho lo sería para uno de ellos. Importa, en realidad, que pueda serlo para el juez, pero tampoco es preciso que lo acabe siendo necesariamente.

En esta línea, doctrina especializada ha entendido que cuando existen dos peritajes contradictorios nunca serían conducentes respecto al fin de permitir la construcción de la convicción juzgadora, justificando que de oficio, y a través de diligencia final, se designe judicialmente un experto para dirimir<sup>206</sup>.

De nuevo topamos, sin embargo, con la vulneración del principio de aportación de parte, pero conviene señalar otra cuestión que podría generar un encadenamiento de peritajes sin sentido. Puede pensarse que el trabajo pericial ayude al juez a estimar o desestimar la demanda, pero el peritaje no concluirá con esa claridad. El tercer perito no acogerá una de las conclusiones periciales ya emitidas –no dirime– sino que concluye con su propio criterio, añadiendo al quehacer valorativo del juez una nueva distorsión –o un enriquecimiento valorativo, según se mire–. De ahí que si se practicasen diez peritajes sobre un

---

206. Joan PICÓ JUNOY, *La prueba...*, cit., p. 126.

mismo objeto, más o menos favorables a una u otra parte, todos pueden ser diferentes entre sí. En resumidas cuentas, pretender un perito dirimente es, en puridad, conseguir que un experto decida a favor de un peritaje y en contra del resto (o que sume conclusiones parciales de unos y otros peritos, desechando las demás), que se vería excluido de la valoración probatoria sin más motivación posible que la determinación del tercer experto, no en función de la libre valoración.

4. Asimismo, si probada la alegación del reclamante, el peritaje o una de sus partes se ordena a efectos de cuantificar una cosa o actividad, cuando el análisis judicial crítico sobre la tarea experta concluya en la ausencia de un dato concreto (un porcentaje omitido, una tasa ya pagada), bastará que así se motive, ajustándose la cuantía en los términos expuestos. Y si de esa crítica judicial se dedujese un error en el peritaje, por no haber tenido en cuenta la aplicación de determinada norma o regla científica, que impusiera un examen técnico para el que el juez sea incapaz, podría dictar sentencia señalando las bases para que, en ejecución del título judicial, se perfilase la cuantía condenatoria (artículo 219.2 LEC). Y sería en etapa de ejecución forzosa –a iniciativa del ejecutante y no del juez– que accedería al proceso un perito –no necesariamente el mismo que actuó en la instancia– para realizar los cálculos u operaciones predefinidas. En sentido propio, la actividad probatoria no habría tenido que ver con la convicción juzgadora para decidir el pleito.

## VII. Reflexión final

1. Ciertamente que el derecho al uso de los medios legales de prueba (artículo 24.2 CE), no monopoliza en las partes la iniciativa probatoria, y que una vez iniciado el proceso civil dispositivo (=a iniciativa del interesado) es esta una materia de Derecho público que conecta con la función jurisdiccional (de la que sólo es titular el Estado) y con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). A su vez, el objeto del pleito seguirá siendo privado y el principio dispositivo se mantendrá activo hasta el momento de dictar sentencia, provocando, si es el caso, una terminación anormal de la litis.

2. El argumento más destacable en contra de la iniciativa probatoria judicial es el del peligro de parcialidad. En esta línea se ha defendido que si el juez supliera las negligencias o inactividades de una de las partes, que pudo hacer y no hizo en relación con la prueba de los hechos afirmados, el juez beneficiará a un litigante en perjuicio de otro. Situación que para Juan Montero Aroca supone parcialidad, generación de desigualdad entre partes e indefensión para la perjudicada desde el momento en que el juez asuma la defensa de la contraria<sup>207</sup>.

3. Por otra parte, incurrir en las causas de abstención y recusación no implica un juicio parcial sino su mera posibilidad. Cuando el juez incorpora al proceso medios de prueba que tendría que haber introducido una de las partes, puede poner en duda su imparcialidad por mucho que, para un caso en concreto, acabase siendo imparcial al decidir. Del mismo modo que podría serlo el padre que juzgase a su propio hijo, ejemplo entre otros muchos que nadie dudaría en rechazar aplicando la recusación oportuna y sancionando la falta de debida abstención.

Aunque se aceptasen las tesis que propugnan superar el inconveniente de la imparcialidad arriba expuesto<sup>208</sup>, nos parece que el supuesto estudiado encuentra escollo insalvable con la prohibición expresa del artículo 347.2 LEC. La interpretación sistemática del artículo 435.2 LEC y la nueva configuración de las diligencias finales obliga a respetar la limitación advertida en todo tiempo procesal.

---

**207.** Juan MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, Civitas, Madrid, 2002<sup>3</sup>, p. 390.

**208.** Ver Joan PICÓ JUNOY, *El derecho...*, cit., pp. 242 y ss.

