

Capítulo Quinto

El peritaje en el proceso civil español: El medio de prueba auxiliador

I. Consideraciones sobre el coste económico en el proceso civil

1. La carestía, la lentitud y la ineficacia del proceso civil se han venido planteando como tres de sus grandes problemas²⁰⁹. Y aunque la nueva LEC ha favorecido la aceleración de trámites en cierto grado –propiciando buenas dosis de eficacia–, el proceso civil suele seguir siendo caro. Asimismo, el alto precio de la justicia civil se encuentra inevitablemente asociado al elevado coste de la pericia, punto de encuentro común en la crítica comparada²¹⁰. De otro lado, suele postularse que cuando el peritaje es verdaderamente importante, para quien ostente la carga de la prueba supone una alternativa entre pagarlo y poder ganar, o prescindir del mismo y fracasar inevitablemente²¹¹. En muchos países no se duda en afir-

209. Véase, en general, Soraya AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Paris, 2002.

210. Henry MOTULSKY, en *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Trav. Institut Droit Comparé de Paris, Tomo XXXII, Paris, 1967, p. 32; v. también el trabajo de BELLET, en la antecitada obra, p. 73. Más recientemente, en general, Tony MOUSSA, *Dictionnaire juridique de l'expertise*, Dalloz, Paris, 1988²; AAVV, *L'Expertise, Travaux du XXe colloque des Instituts d'études judiciaires*, Dalloz, Paris, 1995.

211. Hacia una perspectiva económica, SICARD indicaba cómo los tribunales franceses denegaban la pericia si existía exigencia previa de honorarios elevados; v. *La preuve en justice*, Paris, 1960, p. 355.

mar que el peritaje es la más importante medida preparatoria del juicio jurisdiccional²¹². No obstante, en esos mismos Ordenamientos se funciona bajo el principio de subsidiariedad, pues salvo alguna excepción donde el nombramiento es obligatorio²¹³, se busca ordenar la medida más simple y menos gravosa, que correlativamente suele ser la más rápida²¹⁴. De ahí que ha de nombrarse perito sólo cuando resulte indispensable, por mucho que nunca habrá de provocar retrasos injustificados ni gastos excesivos, requiriendo motivación específica para nombrar, especialmente cuando procede más de un experto²¹⁵.

2. Según el entendimiento acogido sobre el peritaje se abordarán de uno u otro modo los problemas de índole remuneratoria, sea con respecto al anticipo o provisión de fondos, su pago final o el régimen de la condena en costas, tasación de las mismas y eventual impugnación. Y el pilar fundamental de análisis suele comenzar en la tutela judicial efectiva y el derecho a la prueba.

El CGPJ puso de manifiesto la intrínseca relación entre el peritaje y la tutela judicial efectiva a la que todo justiciable tiene derecho constitucionalmente reconocido, en el bien entendido que aquél permite asegurar “la mayor eficacia, acierto y corrección del pronunciamiento judicial” porque pone a disposición del juzgador “los elementos técnicos o científicos de conocimiento absolutamente indispensables”²¹⁶. Obvio es decir que el particular conlleva un significativo coste adicional y que, en virtud de lo expuesto, habrá de

212. Artículos 263 a 284-1 NCPC; cfr. Jacques HÉRON, *Droit judiciaire privé* (2e ed. par Thierry Le Bars), Montchrestien, Paris, 2002, p. 842.

213. Artículos 824 y 1678 NCPC ; v. Jean VINCENT y Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 1999²⁵, p. 792.

214. En Derecho francés, por ejemplo, se refieren las *constatations* y las *consultations* que eviten el recurso del experto y conlleven aceleración del trámite; Soraya AMRANI-MEKKI, *Le temps...*, cit., p. 237, nota núm. 2. Sobre estas figuras jurídicas v. Henry SOLUS y Roger PERROT, *Droit Judiciaire Privé*, Tome 3: Procédure de première instance, Sirey, Paris, 1991, respectivamente pp. 798 y ss. y 808 y ss.

215. Gérard CORNU y Jean FOYER, *Procédure civile*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996³, p. 653.

216. Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, 11 de mayo de 1998.

cubrirse en orden a la tutela judicial efectiva y la eficacia del proceso todo. Ello no obstante, y aparte la cuestión de los procesos no dispositivos, es sabido que los intereses concretos consecuentes al proceso civil son privados, por lo que a fin de cuentas parecería absurdo que la consecución de ese beneficio exclusivo se reporte enteramente a cargo del erario público.

3. Justificando el proceso como el medio de realización de una función pública por demás inequívoca, también sus gastos podrían considerarse de esa naturaleza. Con todo, se ha defendido que esa conclusión repugnaría a un hecho incontestable ya adelantado: en general subyacen intereses de carácter privado, aparte razones de política jurídica que impiden la absoluta gratuidad²¹⁷. En cualquier caso, el coste de la justicia se convierte en fundamental en todos los aspectos, y el del perito constituye un problema real antes, durante y después de su trabajo en un concreto proceso judicial donde se le pretenda utilizar, se le llame o se le haya requerido.

4. Sobre esa materia la doctrina más autorizada ha llamado la atención sobre la absoluta carencia de regulación procesal, básicamente residenciada en los artículos 335 a 352 LEC²¹⁸. En este sentido se advierte de la falta de procedimiento adecuado para el cobro de emolumentos del perito, ya que sólo aparece recogida la hipótesis de solicitar una provisión de fondos a la que se supedita el peritaje mismo, por mucho que el particular haya supuesto un destacado avance. A su vez, un ágil sistema remuneratorio acaba por incidir en la velocidad de la tarea jurisdiccional, esquivando dilaciones del proceso²¹⁹.

217. Jaime GUASP DELGADO y Pedro ARAGONESES ALONSO, *Derecho Procesal Civil. Tomo I. Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003^o, pp. 583 y s.

218. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba...”, cit., p. 282.

219. Se expone la cuestión en el Derecho francés, con la idea de no provocar retrasos injustificados, ni excesivos gastos, motivando específicamente la necesidad de, en principio, un solo experto (artículos 264 y s. NCPC); v. Gérard CORNU y Jean FOYER, *Procédure...*, cit., p. 653.

5. Por otra parte, aunque prevé nuestro Derecho anticipaciones de peritajes como anticipación de prueba (antes de la demanda), no se acompaña el particular de provisión de fondos. No soluciona el problema acudir a la pericia extrajudicial (y artículo 265.1.4º LEC), donde la provisión de fondos tampoco existe y viene a sustituirse por el anticipo privado satisfecho por el cliente, o con pactos de otra índole pero extramuros al control jurisdiccional²²⁰. La última opción es esperar al inicio del proceso y solicitar perito de designación judicial gratuita. Mas también puede razonarse la aplicabilidad, por remisión, del régimen general de la prueba pericial, donde se contiene la provisión de fondos, admitiéndola en consecuencia.

6. Pero no puede negarse algún que otro avance en orden a reducir gastos. En efecto, en la actual normativa se establece que un solo perito será el titular para cada cuestión o conjunto de cuestiones a peritar y que no requieran, por la diversidad de contenidos o materias, el parecer de distintos expertos. Este planteamiento contribuye a disminuir la carestía que la proliferación de nombramientos provocaría²²¹. No evita, naturalmente, que cada litigante pretenda designar y designe un perito propio amparado en su derecho a los medios de prueba y sacrificando tanto la economía como la unidad en el auxilio al juez, por mucho que eludir los inconvenientes de peritajes contradictorios entre sí reduzca la riqueza que se obtiene, precisamente, con su análisis por contraposición. Ciertamente es que en el Derecho comparado se apreciaron ejemplos de excesiva onerosidad y tardanza en la práctica de la prueba pericial. Esa situación aconsejó suprimir la regla según la cual cada uno de los litigantes podía proponer un experto y aún cabía un tercero para dirimir entre los anteriores.

Ejemplo territorialmente cercano al del artículo 303 del Código francés de 1806, abandonado con la ley gala de 15 de julio de 1944,

220. Sobre la pericia extrajudicial sin eficacia procesal probatoria v. Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *Temas del Ordenamiento Procesal*, II, Tecnos, Madrid, 1969, p. 870. En igual sentido, Eduardo FONT SERRA, *La prueba de peritos...*, cit., p. 142.

221. Por todos, Joan PICÓ JUNOY, "Artículo 335 a 352", en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (Antonio María Lorca Navarrete dir.), II, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 1.895.

donde se establece el nombramiento judicial de un solo perito; aunque sólo como regla de principio puesto que caben excepciones²²².

7. Una aproximación a las cuestiones más relevantes relacionadas con el coste de la justicia civil en España muestra una dedicación presupuestaria bajo mínimos que sin duda entorpece las continuas reformas estructurales y procesales que se pretenden. La lentitud sigue siendo icono característico al igual que el elevado coste judicial, y pese al renovado cobro de tasas judiciales, son los letrados, procuradores y peritos quienes propician el juego del desembolso por parte de los litigantes²²³.

En no pocas ocasiones hay litigios o concretas actuaciones procesales donde el coste social es más alto que el coste privado²²⁴.

8. En defensa de las tasas judiciales se ha concluido que la porción de gasto público que el contribuyente no usuario de la Administración de justicia soporta para la financiación de esta, constituye un promedio de

222. Henry SOLUS y Roger PERROT, *Droit...*, cit., p. 816, nota núm. 3. Sobre limitación de expertos, distinguiendo la actuación como oral *evidence* de los *written experts reports*: John O'HARE y Kevin BROWNE, *Civil Litigation*, Sweet & Maxwell, London, 2003, pp. 400 y s.

223. Sobre el coste de la justicia en nuestro país véanse los siguientes trabajos, todos en *El coste de la justicia*, Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, Madrid, 2001: Assumpta PALAU MARGINET, "El coste de la justicia en Catalunya" pp. 295 y ss.; Inmaculada DE MIGUEL HERRÁN, "El coste de la justicia en el País Vasco", pp. 309 y ss.; María Reyes CARABEL PEDREIRA, "El coste de la justicia en Galicia", pp. 337 y ss.; Rosa BENDALA GARCÍA, "Gasto en justicia en Andalucía", pp. 365 y ss.; Eloy VELASCO NÚÑEZ, "Efectividad y coste de la justicia en la Comunidad Valenciana", pp. 373 y ss.; Salvador IGLESIAS MACHADO, "El coste de la justicia en Canarias", pp. 409 y ss.; José María ABAD ALEGRÍA, "El coste de la justicia la Comunidad Foral de Navarra", pp. 435 y ss.

224. V. un ejemplo en Santos PASTOR PRIETO y Carmen VARGAS PÉREZ, "El coste de la justicia: datos y un poco de análisis", en *El coste de la justicia* (con otros autores), Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, Madrid, 2001, pp. 50 y s.; quienes apuestan por el rediseño y gestión de la Oficina judicial como mecanismo de mejorar el uso de los recursos pecuniarios; id., p. 57. En este sentido, se afirma absurdo que cueste más el proceso que lo que se quiere obtener con él; Francisco RAMOS MÉNDEZ, *Guía...*, cit., p. 454.

un tercio del coste total de los litigios, que podría sufragarse mediante la tasa judicial. Se defiende que las tasas facilitan la equidad, evitando de ese modo que entre todos se reduzca el gasto judicial de personas físicas y jurídicas cuya riqueza es muy superior a la nuestra. Y, por último, se afronta el sentido racionalizador de la tasa: radica en que el justiciable que recibe el servicio público compensa el coste desincentivando el consumo excesivo y la injusticia de la falta de equidad antes mencionada²²⁵.

Probablemente tenga poco de racionalizadora y mucho de recaudatoria la tasa judicial introducida con los artículos 35 y 36 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social²²⁶. Su reinstauración no se acompañó de una exteriorización de objetivos, pero ni procede su pago generalizadamente (nunca lo devenga la persona física) ni esquivar inconvenientes para el derecho de acceso a la jurisdicción, habiéndose planteado cuestión de inconstitucionalidad mediante auto de 15 de diciembre de 2003 dictado en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de A Coruña.

9. El coste de la justicia afecta inevitablemente su eficacia, tanto desde la perspectiva meramente externa, cual es la duración o los presupuestos que se precisan para obtener el beneficio de gratuidad, como desde un prisma distinto, propio del planteamiento del justiciable. Éste, como deudor, puede considerar el litigio un mecanismo para ralentizar el cumplimiento de la obligación contraída. El propio retraso institucionalizado puede desalentar a otros, como acreedores, que ante una reducción de los retrasos exponen una estadística de crecimiento de la litigiosidad, no porque nazcan nuevos conflictos, sino porque ante la menor dilación acuden al proceso sujetos que antes no lo hacían. Pero a todos afecta la carestía del juicio, pues la incapacidad económica para sostener el pleito, sobre todo cuando el peritaje se muestra útil indispensable para vencer y no cabe costearlo, puede provocar que no se inste lo que difícilmente podrá ganarse.

225. Santos PASTOR PRIETO y Carmen VARGAS PÉREZ, "El coste...", cit., pp. 45 y s.

226. Véase asimismo la Orden HAC 661/2003, de 24 de marzo, que aprueba el modelo de autoliquidación (BOE 26 de marzo) y la Resolución de 8 de noviembre de 2003 de la Secretaría de Estado de Justicia, dirigida a los Secretarios judiciales sobre su tramitación (BOE de 5 de diciembre).

Dejando al margen la utopía, siquiera en el plano económico la gratuidad absoluta del justiciable plantearía un evidente favor al mejor dotado económicamente: los impuestos de todos los ciudadanos contribuirían al servicio público (la Administración de justicia) que aquellos utilizarían en régimen de igualdad. La lógica de la hipótesis –se continúa explicando– sólo sería posible en una comunidad social totalmente igualitaria²²⁷.

Pero exigir que toda contribución tributaria sea igual, por ajuste a la igualdad de los ingresos y patrimonios de los contribuyentes, olvida que el sistema impositivo de carácter progresivo ya implica que los más ricos abonan proporcionalmente lo mismo que los menos ricos –los realmente pobres no pagan impuestos personales directos–. De ahí pensamos que una justa gratuidad del servicio público no pasaría por la igualdad económica del ciudadano, sino por una igualdad real del sistema impositivo que lo financia.

II. Apunte sobre la tudicial efectiva

1. La gran parte de las actuaciones que persiguen la efectividad de la tutela jurisdiccional se enmarcan en el ámbito de la ejecución, pues no suele obtenerse aquélla con la simple emisión de una sentencia que alcance firmeza.

El contenido esencial del derecho a la tutela judicial en el orden jurisdiccional civil comienza con el derecho de acceso a la jurisdicción, a fin de que el órgano judicial se pronuncie sobre la pretensión formulada. Es posible trasladar a la jurisdicción cualquier conflicto jurídico, todo ello bajo el principio *pro actione*, por el que las causas legales de inadmisión (de la demanda) deben interpretarse restrictiva-

227. José ALMAGRO NOSETE, “El Derecho procesal en la nueva Constitución”, *Revista de Derecho Procesal*, 1978-IV, p. 863. Sobre esta materia cfr. Mauro CAPPELLETTI y Bryant GARTH, *El Acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996.

mente, en el bien entendido que ha de favorecerse la efectividad del llamado derecho a la jurisdicción²²⁸.

El órgano jurisdiccional debe resolver basándose en el Derecho objetivo, con motivación suficiente (artículo 120.3 CE) aunque sea sucinta, resulte o no favorable al litigante²²⁹, sin que forme parte del artículo 24.1 CE el derecho al acierto judicial. A su vez, es exigible la exhaustividad de la sentencia y la congruencia entre lo pedido y lo dado (o negado), lo que por demás salvaguarda la contradicción procesal entre partes²³⁰. En el artículo 24 CE también se comprenden la firmeza de la sentencia y la cosa juzgada material (esencia de la jurisdicción), así como la ejecución de lo juzgado²³¹ y el derecho a los recursos legales²³².

2. Incluso bajo la interpretación más favorable al derecho, la falta de presupuestos procesales, o en su caso de requisitos del proceso subsanables y no subsanados o directamente insubsanables, permite una resolución judicial formal del litigio, que debe configurarse como excepción a la regla, que es la decisión sobre el fondo de la controversia jurídica.

Por último, la prohibición de indefensión puede funcionar como complemento de lo anterior y acopio del contenido del artículo 24.2 CE²³³. Pero una aproximación más estricta del concepto lleva hasta la conocida diferenciación entre indefensión material y procesal, donde sólo la primera adquiere relevancia constitucional.

228. Sobre el derecho del artículo 24 CE véase, entre otros muchos, Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch Casa ed., Barcelona, 1980; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001³; Ignacio BORRAJO INIESTA, Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ y Germán FERNÁNDEZ FARRE-RES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1995.

229. Desde STC 9/1981, de 31 de marzo; sobre un supuesto del orden contencioso-administrativo.

230. Por ejemplo, STC 20/1982, de 5 de mayo.

231. STC 32/1982, de 7 de junio; de nuevo sobre una causa contencioso-administrativa.

232. Sobre la autonomía del derecho al recurso en el proceso civil v. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Derecho...*, cit., p. 192 y ss.

233. De este modo STC 48/1984, de 4 de abril; sobre una causa criminal.

III. Apreciaciones preliminares a la prueba pericial

1. Definir la labor del perito en el contexto del proceso civil español contribuye a responder una cuestión con más amplia proyección, cual es su valor en el seno del derecho a la tutela judicial efectiva, que ha de ofrecer una base mínima para analizar la raíz de su coste y la imputación de éste.

Puede comenzarse recordando que a todo perito se le exige la promesa o juramento de actuar de un modo objetivo e imparcial, y cualquier perito puede ser conducido a aclarar, explicar o complementar su trabajo ante la inmediación juzgadora, fundamentalmente para respeto del principio procesal de contradicción. Pero en todo caso sin importarle el beneficio o perjuicio que conlleve para las partes, vinculado a la neutralidad (más que imparcialidad) del juzgador. Pero aunque se afirma que para que un perito pueda prestar su dictamen en un proceso civil debe haber sido nombrado para ese fin por el juez, previa aceptación de su cargo²³⁴, el particular merece cierta matización.

2. El especialista designado por las partes no es nombrado por el juez y tampoco acepta su papel de “asesor” ante su presencia. Habrá aceptado el encargo privado que le dirigió un cliente y que contiene aspiración a público como participación intraprocesal posterior. En este sentido será introducido en el proceso cuando se cumplan dos condiciones: la parte que lo designó deberá proponerlo como medio de prueba y el juez admitir dicha proposición, lo que presupone la aceptación antes mencionada e implica una especie de conversión en la relación jurídica de su participación, pues de meramente privada trasciende a pública. Esto podría apreciarse como una especie de nombramiento judicial implícito, antes del cual no podría funcionar la responsabilidad disciplinaria judicial, y difícilmente tendría sentido la responsabilidad penal del perito como actuante en el proceso.

Dicho sea, cuando el experto no se propone como medio de prueba o la proposición sucumbe a la inadmisión, nada impediría la responsabilidad disciplinaria colegial e incluso la responsabilidad civil contractual, institutos ambos nutridos con el vínculo profesional-cliente, sin precisar de intervención procesal real aunque sea ésta la finalidad pactada en privado e inicialmente perseguida.

234. Juan Luis GÓMEZ COLOMER, “La prueba (IV)...”, cit., p. 362.

IV. La dirección material del proceso civil

1. La dirección formal del proceso o facultades procesales de dirección no afectan al contenido del proceso sino a éste en sí mismo, a efectos de su impulso y del control de la admisibilidad de la pretensión en orden a dictar resoluciones judiciales sobre el fondo, el control de los presupuestos procesales (a no confundir con los requisitos procesales).

Ambos aspectos son propios de la decisión jurisdicente, operando bajo el marco de actuación *ex officio*, sin perjuicio de la eventual instancia de parte sobre los mismos (excepciones procesales) a no confundir con la iniciación del propio proceso, del recurso o de la ejecución, facultades todas estas exclusivas de las partes.

2. Para Juan Montero Aroca la “publicización” del proceso nació en un contexto muy concreto (la Austria de fines de siglo XIX) y se califica de autoritaria y antiliberal, opuesta a la concepción liberal y garantista del proceso civil, evolucionando desde entonces la función social del proceso a través de conceder amplios poderes discrecionales al juez –creciendo en la primera mitad de siglo XX, sobre todo en Alemania e Italia– que prosiguió a costa de privar de esos poderes a las partes²³⁵.

Se argumenta que no afectaría a la imparcialidad judicial que, una vez las partes hayan determinado el material de hecho sobre el que se forma el objeto, tenga el juez los más amplios poderes de dirección formal y material para alcanzar la certeza sobre el relato fáctico²³⁶. En la actualidad procesal española, sin embargo, no se ha llegado tan

235. Juan MONTERO AROCA, “Lección 19ª. Los principios del proceso civil (II)”, en *Derecho Jurisdiccional I. Parte General* (con otros autores), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999ª, p. 335. Indicando sin embargo que es ilógico que el juez no pueda acordar de oficio la práctica de los medios probatorios más convenientes para formar su convicción, v., del mismo, “Juicio crítico de la ley de enjuiciamiento civil. Conmemoración no festiva de su centenario”, en *Para un proceso civil eficaz* (con otros autores), Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, p. 169.

236. Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, “La eficacia del proceso de declaración”, en *Para un proceso civil eficaz* (con otros autores), Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, p. 134.

lejos como en otros ordenamientos de nuestro entorno. Dentro de las facultades materiales de dirección corresponde a las partes la aportación de los hechos –en realidad su afirmación–, lo que permite individualizar la pretensión, a través de identificar los elementos subjetivos (las partes) de los objetivos: los aducidos como causa de pedir y delimitados con la ayuda de la resistencia del demandado, que puede ampliar los términos del debate y completar aquello a resolver por el juez (el objeto del debate). La necesidad de probar se dirigirá a los hechos afirmados controvertidos (*thema probandi*), mientras que la determinación del derecho aplicable corresponde al juez (*iura novit curia*). Pero la aportación de los medios de prueba se atribuye a las partes litigantes bajo determinadas reglas sobre la carga probatoria²³⁷.

3. Al menos hasta el momento en que tiene lugar la práctica de los medios de prueba propuestos y admitidos, son las partes procesales quienes guían el proceso civil en lo que hace referencia a la sustanciación probatoria²³⁸.

Giuseppe Chiovenda consideraba que los resultados de la actividad procesal son comunes entre las partes, porque las actividades procesales pertenecen a una relación única. Cuando la prueba se practica adquieren su resultado todos los litigantes, pero antes de su práctica cabe la renuncia del proponente²³⁹.

En la regulación actual se recoge el desistimiento de la práctica de un medio de prueba (artículo 288.1 LEC). Esta particularidad no cabría para el peritaje si éste no fuese un medio de prueba, sin que para el perito sea posible que el juez estime una admisión de hechos como pudiera ocurrir en el interrogatorio de una parte o testigos correlativos a una afirmación de hechos por la parte contraria en la proposición probatoria.

237. Jesús-Eugenio CORBAL FERNÁNDEZ, entre otros autores, no consideraba proceso autoritario aquel en que *ex officio iudicis* pudiera acordarse el dictamen de peritos o el reconocimiento judicial; v. “La administración de justicia y la eficacia de la ley de enjuiciamiento civil: la primera instancia”, en *Para un proceso civil eficaz* (con otros autores), Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pp. 99 y s.

238. El *Verhandlungsmaxime* en el proceso civil alemán; cfr. *infra* nota núm. 244.

239. STS de 24 de julio de 1992.

Esa vinculación (o su contrario) debe tenerse presente de modo constante, pero si el dictamen de perito se desprende de ese carácter, de esa naturaleza jurídica ubicada como medio de prueba, aislándose sin más a modo de auxilio al juez, perderán fuerza los argumentos que utilizan la regla de oro de nuestro proceso civil. Se trata del *nemo iudex sine actore* o su equivalente *wo kein Kläger ist kein Richter*, como principio rector de la tutela judicial²⁴⁰. Sobre esta concepción se apoya la regla de aportación de prueba por las partes y, a fin de cuentas, su coste económico y temporal.

4. Antes de continuar procede, no obstante, una precisión terminológica y conceptual entre las reglas o principios de aportación de parte y dispositivo, si bien lo uno y lo otro enlazan sin remedio en las consideraciones ya expuestas sobre el coste del peritaje y el de la tutela judicial. Aunque debe reconocerse la tendencia existente a favor de las iniciativas judiciales en el proceso civil dispositivo, incluso en el sis-

240. Cfr. Tito CARNACINI, "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo", en los *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, volume secondo, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 695 y ss.

241. Ahí están las nuevas *Civil Procedure Rules* de 26 de abril de 1999; cfr. Gary SLAPPER y David KELLY, *The English Legal System*, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 2001⁵, pp. 258 y ss.; en materia de peritos (*experts*) véase, entre otros, John O'HARE y Kevin BROWNE, *Civil...*, cit., pp. 383 y ss., y Paula LOUGHLIN y Stephen GERLIS, *Civil Procedure*, Cavendish Publishing, London et. al., 2004, pp. 455 y ss. Sobre la situación procesal antes de la mencionada reforma puede consultarse Neil ANDREWS, *Principles of Civil Procedure*, Sweet & Maxwell, London, 1994, pp. 33 a 51; planteando la derogación del *adversary system* v. John Anthony JOLOVICZ *On Civil Procedure*, Cambridge University Press, 2000, pp. 373 y ss., especialmente pp. 382 y ss.; en relación con los medios de prueba cfr. Jenny McEWAN *Evidence and the Adversarial process. The modern law*, Hart Publishing, Oxford, 1998⁸, pp. 1 y ss. Destacar, en todo caso, el carácter fundamental del *adversary system* en Gran Bretaña; por todos S. H. BAILEY y M. J. GUNN, *The Modern English Legal System*, Sweet & Maxwell, London, 1991², pp. 699 a 701. En el Derecho norteamericano véase Fleming JAMES Jr. y Geoffrey C. HAZARD Jr., *Civil Procedure*, Little, Brown & Company, Boston-Toronto, 1985, pp. 4 y ss.

242. Como sin embargo sostiene Jaime GUASP DELGADO y Pedro ARAGONESES ALONSO, *Derecho...*, cit., p. 411; en similar sentido Sergio LA CHINA, *Diritto Processuale civile, La disposizioni generali*, Giuffrè editore, Milano, 1991, p. 635. Cfr. *supra* Capítulo Primero, epígrafe I, apartado 1.

tema anglosajón donde el tradicional *adversary system* resulta especialmente característico²⁴¹, rechazamos de antemano que, en todos los procesos, no sólo los civiles *inquisitivos*, “se haya de buscar la verdad por encima de cualquier principio”²⁴².

Quizás parezca que el proceso civil como “cosa de las partes”²⁴³ pierde algo de fuerza con una LEC que ofrece ciertas iniciativas al juzgador en materia de prueba (por ejemplo la del artículo 429.1 LEC). Conviene sin embargo defender las distinciones en su momento establecidas por la doctrina alemana, entre principio dispositivo (*Dispositionsprinzip*) y la regla de la aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*). Esta última consistiría en la introducción de los hechos en el proceso y su prueba²⁴⁴. Aquél en el control del interés privado por parte del litigante. Otros autores utilizan los términos *Dispositionsgrundsatz* y *Verhandlungsgrundsatz*, pero básicamente manteniendo el contenido expresado²⁴⁵.

243. Mauro CAPPELLETTI, “Ideologie nel diritto processuale”, *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, pp. 205 y ss. Cfr., en general, del mismo, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, EJEA, 1974.

244. En esta materia suele ser común citar a Nikolaus Thaddäus (*Handbunch des deutschn gemeinen Prozess*, Erlangen, 1804, pp. 175 y ss.); ya absorbida y consolidada véase esta doctrina germana en Adolf SCHÖNKE, *Zivilprozessrechts*, Freiburg, 1951, pp. 24 y ss.; E. PETERS, *Ausforschungsbeweis im Zivilprozess*, Köln, Grote, 1966, pp. 11 y ss.; Friedrich LENT y Othmar JAUERNING, *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1974, pp. 67 a 78 (en solitario el segundo autor citado: *Juristische*, Verlag C. H. Beck'sche, München, 1988, pp. 69 a 83); Konrad HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Scientia Verlag Aalen, Leipzig, 1980 (facsimilar de 1912), pp. 408 y ss.; Peter ARENS y Wolfgang LÜKE, *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, pp. 5 y ss.; Richard ZÖLLER et. al.; *Zivilprozeßordnung*, cit., p. 514; Christoph G. PAULUS, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung*, Springer-Verlag, Berlin et. al., 2004, pp. 108 a 113. En Italia pueden consultarse, entre otros muchos, Francesco CARNELUTTI, *La prova civile*, edizioni dell'ateneo, Roma, 19472, pp. 16 y s., nota núm. 2; Luigi Paolo COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, CEDAM, Padova, 1970, pp. 113 y ss.

245. Walter ZEISS, *Zivilprozeßrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1978, pp. 63 a 67; Eberhard SCHILKEN, *Zivilprozeßrecht*, Carl HeymannsVerlags KG, Köln et. al., 1995, pp. 339 y ss.

5. Nuestra mejor doctrina indicó que el principio dispositivo como sustancial o material equivalía al *Dispositionsprinzip*, mientras que en la vertiente procesal del mismo residía el *Verhandlungsmaxime*²⁴⁶. La socialización o “publicización” del proceso llegó a mantener el dispositivo como principio, pero con integración de tareas judiciales (acaso compatibilizándolas) en materia de aportación de prueba al proceso²⁴⁷. Su eco no se hizo esperar en el procesalismo patrio²⁴⁸.

Ante ello, merece recordar cómo la jurisprudencia constitucional española declara que existe un interés privado en disputa, en vez de público²⁴⁹. Aunque el auxilio del perito y su relación con la tutela judicial efectiva a la que indudablemente contribuye adquiera tintes de naturaleza pública, vence la vertiente del medio de prueba aportado por el litigante para su propio interés privado en el proceso civil dispositivo de que se trate.

6. De otro lado conviene subrayar la importancia de la carga de la prueba en el proceso civil español. No basta, al respecto, presentar medios de prueba en teoría idóneos para levantar la carga procesal que plantea el contencioso una vez delimitado su objeto procesal. La consecuencia forma parte, también, de la estructura edificada sobre el *onus probandi*, y la consecuencia se explica sobre quien deja de probar su alegación, porque probar es presentar un medio de prueba que llegue a practicarse en juicio y convenza al juzgador. Se trata de

246. Leonardo PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 1985, pp. 517 y ss. (recuérdese su traducción de Wilhem Kisch –*Elementos de Derecho Procesal Civil*, EDESA, Madrid, 1940–, y el carácter auxiliar que allí se defiende –p. 226–). En igual sentido Santiago SENTIS MELENDO, *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, EJEA, Buenos Aires, 1978, pp. 19 y ss.

247. Fritz BAUR, “Liberalización y socialización del proceso civil”, *Revista de Derecho procesal iberoamericana*, 1972-II/III, pp. 303 y ss.; Mauro CAPPELLETTI, “Iniziativa probatoire del giudice e basi pregiudiche della struttura del proceso”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1967, vol. XXII, pp. 414 y ss.

248. Niceto ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, “Liberalismo y autoritarismo en el proceso”, en sus *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, II, Instituto de Investigaciones científicas, UNAM, México, 1974, pp. 245 y ss.; Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Liberalización y socialización del proceso civil”, *Revista de Derecho procesal iberoamericana*, 1972-II/III, pp. 519 y ss.; Juan MONTERO AROCA, *Introducción* ►

la convicción del juez *ad casum*, no de un convencimiento objetivo o separado respecto de quien debe sentenciar. Y es ese juez quien ante la duda aplicará las previsiones del artículo 217 LEC. Naturalmente, si el hecho es probado (para ese juez), ni habrá duda ni sería posible aplicar la regla de la carga de la prueba mencionada (en el terreno de sus consecuencias)²⁵⁰.

Se sigue de ese modo, al tenor de la Exposición de Motivos de nuestra LEC, el pensamiento que sobre el particular expuso Leo Rosenberg, por el que la teoría de la carga de la prueba supone la teoría de las consecuencias de la falta de prueba²⁵¹.

Pretender sublimar la dirección material del proceso en manos del juez de instancia, y que éste determine qué medio de prueba debe practicarse por encima de los propuestos por las partes interesadas, muestra una base autoritaria que ideológicamente debería rechazar nuestro actual Ordenamiento jurídico²⁵².

248. *al Derecho procesal (Jurisdicción, acción y proceso)*, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 227 y ss.; José Vicente GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 187 y ss.

249. STC 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2º.

250. V., en este sentido, STS de 13 de marzo de 2001, FD 4º (BDEJ 26332).

251. Cfr. su obra *Die Beweislast*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München-Berlin, 1951³.

252. Juan MONTERO AROCA, *La Prueba...*, cit., pp. 22 y s. Según el criterio de este último autor, a favor de las tendencias de la Alemania nazi y la Italia fascista puede consultarse Miguel FENECH NAVARRO, *La posición del juez en el Nuevo Estado (Ensayo de sistematización de las directrices actuales)*, Espasa-Calpe, Madrid, 1941 y Jaime GUASP DELGADO, *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, Bosch ed., Barcelona, 1943.

V. Sobre la naturaleza del peritaje

1. La reforma procesal civil italiana definió la figura del consejero o consultor técnico²⁵³, ofreciendo a la doctrina científica argumentos claros para rechazar la pericia como medio de prueba²⁵⁴, aunque no faltaron disidentes²⁵⁵. Con apoyo en aquella doctrina se defiende que el peritaje no es un medio de prueba porque su función no consiste, directamente, en determinar el conocimiento del juez sobre la verdad, la falsedad o la duda sobre un concreto hecho, sino ofrecer a la actividad judicial el conocimiento técnico del que el juez personalmente carece²⁵⁶.

De todos modos, lo anterior opera en el ámbito de la actividad *istruttoria* del proceso civil italiano –y el término empleado es sensiblemente indicativo–, si bien un autor como Mandrioli, que admite el carácter probatorio de la causa de una enfermedad determinada por el técnico, indica cómo “la consulenza tecnica può anche costituire fonte di prova, ma solo quando accerti situazione rilevabili solo con apprezzamento tecnico”²⁵⁷.

253. El *consulente tecnico*, artículo 61 CPC; destacable el trabajo de Vellani sobre el “Consulente tecnico”, en *Novissimo Digesto italiano*, IV, Torino, 1959, pp. 335 y ss., en particular p. 337. Véase también la propuesta carnelluttiana (1938) anterior a la reforma en su *Sistema de Derecho Procesal civil*, II, Buenos Aires, 1944, pp. 147 y 209 y ss.; del mismo, *La prova...*, cit., pp. 69 y ss.; *Istituzioni del processo civile italiano*, volume secondo, Soc. Ed. del <Foro Italiano>, Roma, 1956⁵, p. 19. Recuérdese que el CPC fue prácticamente redactado por este autor, Enrico Redenti, Piero Calamandrei y Leopoldo Conforti.

254. Por mucho que ya antes se había incidido en ese particular, excluido del campo de la prueba por considerarlo un auxiliar del juez, v. Francesco CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, Morano, Napoli, 1958, p. 80. En esta línea v., entre otros, Enrico Tullio LIEBMAN, *Manuale di Diritto processuale civile*, II, Milano, 1981⁴, p. 98; Crisanto MANDRIOLI, *Corso di Diritto processuale civile*, I, Torino, 1993, pp. 157 y ss. En España Emilio GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, I, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979; Valentín SILVA MELERO, *La prueba procesal. I. Teoría general*, Edersa, Madrid, 1963, pp. 277 y ss.

255. Por todos, Vittorio DENTI, “Perizie, nullità processuali e contraddittorio”, *Rivista di Diritto Processuale*, XIII (II Serie), Cedam, Padova, pp. 395 a 406.

256. Crisanto MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile, II. Il processo di cognizione*, G. Giappichelli editore, Torino, 2004¹⁶, p. 201.

Pero lo anterior no impide reconocer que el perito como órgano auxiliar del juez en ningún caso se desvincula del ámbito de la prueba²⁵⁸.

2. Para otros autores el dictamen de peritos se configura sin remedio como medio de prueba²⁵⁹, lo que actualmente ampara nuestra normativa. También se ha adoptado una visión más compleja del problema, que no rechace ninguna de las naturalezas apuntadas. En este sentido se ha considerado que el perito se acerca más a la figura del juez que no el testigo, pero el resultado de la labor del experto es siempre un *accertamento di fatto*. Como tal observa conexión con lo alegado por el litigante y, de ese modo, con la carga de la prueba²⁶⁰.

Y con apoyo en la jurisprudencia casacional italiana se escribe: “si riconosce, infatti, che la consulenza tecnica, se è generalmente disposta per fornire al giudice la valutazione di fatti già acquisiti, può costituire, tuttavia, fonte oggettiva di prova, quando si risolve in uno strumento, oltre che di valutazione tecnica, anche di accertamento di situazioni di fatto rilevabili con ricorso a determinate cognizioni tecniche”²⁶¹.

257. Crisanto MANDRIOLI, *Diritto...*, II..., cit., p. 202; y cita (en nota 6) Cass. 10-III-2000, n 2802, lo que se considera un “quasi integrali ambito del giudizio”.

258. Salvatore SATTA, en su *Diritto processuale civile* (pp. 344 y s.) o en su *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1 (pp. 110 y ss.); en igual sentido Girolamo MONTELEONE, *Diritto Processuale Civile*, CEDAM, Padova, 2004³, pp. 418 y ss.

259. Jaime GUASP DELGADO y Pedro ARAGONES ALONSO, *Derecho...*, cit., p. 414; José María RIFÁ SOLER, “Del dictamen...”, cit., p. 1571; si bien este último acaba por asumir la función auxiliadora (id., pp. 1621 ó 1630), que incluso comportaría tareas de comunicación a las partes procesales; (id., p. 1621); Joan PICÓ JUNOY, “Artículo 335 a 352”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 1.882 (quien critica esa opción legislativa, v. La prueba, p. 48); Juan CREMADÉS MORANT, “Los medios de prueba (artículos 299 a 398)” en *La Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Jesús Marina Martínez-Pardo y Daniel Loscertales Fuertes), I, Sepin, Madrid, 2001, p. 749; Jesús C. RUEDA LÓPEZ, “Art. 182 al 359”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Formularios, Textos Legales, Comentarios y Jurisprudencia*, II, Dijusa, Madrid, 2003, p. 1096.

260. Salvatore SATTA y Carmine PUNZI, *Diritto...*, cit., p. 385.

261. Salvatore SATTA y Carmine PUNZI, *Diritto...*, cit., p. 385, nota núm. 13. Contra la idea que sirva *ad accertare fatti* véase F. MAZARRELLA y G. TESORIERE, *Guida breve al processo civile riformato*, CEDAM, Milano, 2000, p. 139.

La tesis del auxilio al órgano judicial donde el perito no actúa para la parte sino para el juez configura un apoyo para la Administración de justicia y el ejercicio de su función²⁶². En tal sentido, hasta la declaración sobre costas procesales se ha considerado que el coste tendría que correr a cargo del Estado como se afirma sucede en el proceso penal ex artículo 358 LECr²⁶³.

Conviene anotar, sin embargo, que en el enjuiciamiento criminal el Estado es una parte interesada, por cierto el único titular del *ius puniendi*. Nótese que el derecho de penar constituye un monopolio exclusivo del Estado —en realidad de sus tribunales, artículo 3 CP—, sin perjuicio que la atribución de la cualidad de parte acusadora (al fiscal, al acusador particular o al popular) se oriente a la facultad de acusar. Y es potestativa porque el propio Ministerio público siempre está a tiempo de retirar la acusación u obrar el principio de oportunidad. En realidad, el único *ius* reside en la posibilidad de acusar, pues una vez existe título de ejecución no es viable esquivar el castigo punitivo, obligatorio pues por regla general (*officio puniendi*)²⁶⁴, donde el denominado principio de necesidad impide, tanto la impunidad del crimen como que alguien pueda disponer de las penas. Excepción paradigmática la del indulto, donde la decisión gubernamental muestra el *ius* del Estado, y la de los delitos que una vez sentenciados permiten el perdón del ofendido como mecanismo de extinción de la responsabilidad criminal (artículo 130.5º CP en relación con los artículos 201.3 y 215.3 CP)²⁶⁵.

262. Véase, en general, Manuel, SERRA DOMÍNGUEZ, “De la prueba de peritos”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo García), XVI, vol. 2 (artículos 1214 a 1253 del Código civil), Edersa, Madrid, 1981, pp. 409 a 413; Gérard CORNU y Jean FOYER, *Procédure...*, cit., p. 285. Como auxiliar ocasional de la justicia, protegido en el ejercicio de sus funciones e investido por la ley de ciertos poderes, Henry SOLUS y Roger PERROT, *Droit...*, cit., p. 761.

263. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba...”, cit., p. 317.

264. Sobre la diferenciación entre el derecho de acusar y el deber de penar, v. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *El recurso en el enjuiciamiento criminal español. Elementos para una teoría procesal general*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 27 y ss. Véase, en general, A. ROCCO, “Sul concetto del diritto subjetivo di punire”, *Opere giuridiche*, III, Roma, 1933.

265. La disposición negativa de los delitos privados y algún otro (la exigibilidad de la denuncia para proceder), sólo refiere al poder de iniciar el proceso, no al de penar, inextricablemente unido al proceso y la sentencia.

3. El planteamiento civil nace en una primera atribución a las partes interesadas, en realidad sólo a la parte proponente o interesada directa. Luego, con la sentencia, se distribuye el coste del proceso definitivamente, a través de la figura de las costas procesales, que es la segunda atribución a los litigantes, esta vez a la parte condenada en costas. Si de buen comienzo se opera por mitad o iguales, adelantando un posible y futuro sistema distributivo, aunque el dictamen pericial emitido resulte inútil y una parte se haya opuesto a su necesidad, tendrá que haber satisfecho por igual hasta que la condena en costas permita la devolución, normalmente tras un largo tiempo desde que esa porción fue adelantada.

Se afirma que si se tratase de un auténtico medio de prueba quedaría bajo el amparo del artículo 24.2 CE, como parte del derecho a los medios de prueba. En caso contrario, el peritaje apreciado como exclusivo elemento de colaboración con el juzgador, a modo de aplicación por éste de reglas técnicas proporcionadas para verificar las afirmaciones de hechos de las partes o explicar el relato fáctico descrito, se convertiría en una pieza imprescindible para dictar sentencia. De ese modo, participaría de la función jurisdiccional motivada a la que se tiene derecho constitucional fundamental según el artículo 24.1 CE. Por uno u otro camino se acabaría en una similar protección jurisdiccional, significando que en el segundo caso hay si cabe una mayor extensión, por cuanto no estamos a los “medios de prueba” que el legislador recoja, sino a la tutela judicial que en abstracto –o en concreto– deba proporcionar en cada caso.

4. Naturalmente, el medio de prueba conecta mejor con el interés privado del proceso civil, que hemos relacionado con la regla de aportación de parte (artículo 24.2 CE), mientras que, pese a la necesidad de principio dispositivo, el auxilio judicial se desprende de ese interés privado acercándose al público que resulta propio del ejercicio de la jurisdicción (artículo 24.1 CE). Con todo, autores que defienden el carácter auxiliar del perito respecto de la actividad jurisdicente, reconocen que el particular no exonera a la parte de pechar con las consecuencias de incumplir el *onus probandi* que corresponda²⁶⁶.

266. En este sentido puede consultarse, por ejemplo, Andrea LUGO, *Manuale di Diritto processuale civile*, Giuffrè editore, Milano, 1996¹², p. 143. Sobre *i poteri del giudice* v. Salvatore SATTÀ y Carmine PUNZI, *Diritto Processuale Civile*, CEDAM, Padova, ►

5. También se ha optado por una visión parcial de la tesis del auxilio, resaltando que se mantiene la incerteza conceptual tradicionalmente observada²⁶⁷. A su vez, Ordenamientos procesales como el francés, que en principio defienden las cuestiones de prueba como dominio de las partes (artículo 9 NCPC), también ofrecen la iniciativa al juez (artículo 10 NCPC). La posibilidad ha sido abiertamente criticada por la doctrina gala, pues se trata de un poder que sistemáticamente muestra cierto desajuste en el control del material fáctico²⁶⁸. Esto convierte tal iniciativa judicial en un error de perspectiva, sin olvidar la prohibición legal de que el juez francés ordene una medida de instrucción (civil) para suplir carencias de una parte.

Nótese, sin embargo, que la demanda con prueba insuficiente puede satisfacerse si es fundada y el juez gallo disfrutar de iniciativa probatoria de oficio²⁶⁹.

Llegados a este punto no debiera exagerarse el planteamiento sobre la introducción de los hechos en el proceso por los litigantes, incluso sin admitir lo que la doctrina alemana ha denominado alegaciones equivalentes de las partes²⁷⁰. En cualquier caso, mantener la máxima general del *allegata et probata*²⁷¹ no debe hacerse bajo perspectivas en exceso estrictas. Una visión amplia permite eludir lo que de otro modo quizás constituiría un conjunto de absurdos jurídicos imperdonables.

6. Imaginemos que la parte demandante aduce daños morales presuntamente producidos por un accidente de tráfico, apoyados en

266. 1996, pp. 197 y ss.; sobre la distinción del principio dispositivo en sentido estricto (o *principio della domanda*) y principio dispositivo en sentido laxo, pp. 198 a 201; en cuanto a la prueba en general, pp. 217 a 219.

267. Salvatore SATTÀ y Carmine PUNZI, *Diritto...*, cit., p. 384.

268. Jacques HÉRON, *Droit...*, cit., p. 193.

269. Sic Jacques HÉRON, *Droit...*, cit., p. 194, nota núm. 31.

270. En Derecho alemán *gleichwertigen Parteivorbringen*; cfr. Leo ROSENBERG y Karl Heinz SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1977, pp. 563 y s.

271. V. Leo ROSENBERG y Karl Heinz SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 390 (en relación con la *Beweisbedürftigkeit bei Verhandlungmaxime* cfr. pp. 627 y ss.); Arwed BLOMEYER, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, Dunker & Humblot, Berlin, 1985, p. 68.

un déficit psicológico postraumático que no puede catalogar sin un experto, profesional que sin embargo, por falta de medios económicos del litigante, no es contratado de antemano y no puede favorecer la mejor confección de la demanda. Advirtiéndolo en la forma prevenida, se alcanzaría un dictamen pericial cuando las alegaciones iniciales ya hubieran tenido lugar y la demanda hubiese sido contestada. El hecho psíquico fundamentará el derecho de indemnización reclamado, por ejemplo depresión mayor por pérdida de un miembro corporal y una determinada neurosis por sufrir alguna fobia. La parte, incapacitada técnicamente pero que alegó, genéricamente, un malestar psíquico e incluso expuso alguno de los comportamientos que cuadran con su descripción psiquiátrica²⁷², recogería, en su caso, esas apreciaciones expertas sin que en el ejemplo deba utilizarse la preclusión de alegaciones.

En consecuencia, la tesis del medio de prueba se ajusta a la hipótesis de aportación fáctica al proceso. Trasciende pues más allá de proporcionar al juez –solamente– conocimiento no jurídico especializado, del que por definición carece. Esto no significa que el perito se limite a ofrecer este tipo de soporte al juzgador, aunque su planteamiento más puro –actuar en el juicio simplemente para exponer y explicar máximas de experiencia– casi nunca tenga lugar en la práctica. Ahora bien, cuando simplemente se aporten ese tipo de reglas de ciencia, para que el juez las tenga en cuenta al valorar lo alegado y conforme su convicción, aunque las mismas se consideren “hechos” aportados y acreditados, igualmente podrían incluirse como parte del *factum*. Y como tal los litigantes deben entregarlo al juzgador para recibir el *ius* aplicable. Sin embargo, en sentido propio no se podrían considerar hechos del relato que configura el objeto procesal, sino elementos que servirán para valorar ese relato o núcleo insoslayable del contenido fáctico delimitador del objeto del proceso. Diferente resulta que los contornos de la controversia radiquen en el origen, causa y desarrollo de un hecho pacífico –en el ejemplo el daño sufrido por el demandante–. El peritaje contribuirá a resolver la dicha controversia ofreciendo elementos fácticos referidos a ese origen, esa causa y ese desarrollo, que

272. Cfr., en particular, Filippo DANOVÌ, “Note sulla consulenza psicologica nel processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, n° 3, luglio-settembre 2000, pp. 808 a 833.

para algunos autores tienen como finalidad la determinación de la certeza o falsedad de la controversia sometida al debate ²⁷³.

7. Por otro lado, hay determinadas actividades periciales que concluyen en hechos objetivos, por demás imposibles de sufrir el sesgo de la parcialidad, como ocurre con un análisis de sangre u otra sustancia que determine el ADN de una persona, su grupo sanguíneo, al igual que para medidas y distancias de cosas muebles o inmuebles. Obviamente que el perito puede manifestar que un edificio mide treinta metros cuando en realidad alcanza los cuarenta, o que la planimetría de un terreno tiene un desnivel de 1/1000 cuando en realidad lo sufre de 2/1000. Todo esto son hechos, pura y simplemente, de ahí que en esos supuestos quepa especialmente la falsedad del perito sancionada por el artículo 459 CP.

Planteado dentro del estudio de la prueba, en la doctrina italiana algún autor ha abordado la integración del saber del juez en relación con la labor *percipiendi* y *deduciendi del consulente técnico*²⁷⁴, relacionando la actividad de percepción con el testimonio que narra al juez los hechos percibidos del pasado²⁷⁵.

8. No parece argumento contrario al medio de prueba afirmar que el peritaje comporta el deber de abstención del experto por concurrencia de una causa que permitiría su recusación²⁷⁶. Tal cosa quizá llevaría a separar la naturaleza jurídica del perito designado por el tribunal (el único que puede ser recusado) del designado extrajudicialmente por la partes (que sólo puede ser tachado). De otro lado, la propia exposición de motivos resulta meridianamente clara al afrontar el

273. Eduardo FONT SERRA, *El dictamen de peritos...*, cit., p. 9; reiterando su convicción sobre la materia, expuesta en su tesis doctoral un cuarto de siglo atrás: *La prueba de peritos...*, cit., p. 8.

274. Andrea PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene editore, Napoli, 1996², pp. 476 y ss., sobre los arts. 61, 191 a 207 CPC y 89 a 92 de las disp. att.

275. Andrea PROTO PISANI, *Lezioni...*, ibidem.

276. Juan Luis GÓMEZ COLOMER, "Capítulo 15º. La prueba (IV)...", cit., p. 362. Este autor considera un grave error conceptual convertir el dictamen extrajudicial en medio de prueba, cuando debía mantenerse como parte del acto de alegación, integrado como tal (id., p. 366).

carácter de medio de prueba cuando refiere el dilema decimonónico sobre la naturaleza del peritaje. Éste se somete plenamente, con la nueva regulación, a los principios generales que han de regir la actividad probatoria.

Y retomando el contenido del trabajo pericial todavía conviene puntualizar dos aspectos de interés. Cuando el experto aporta opinión sobre algún extremo fáctico es difícil hablar de medio de prueba, pero las cosas son más sencillas cuando investiga directamente, distinguiendo aquí dos posibilidades igualmente válidas²⁷⁷. Una expondría las causas del hecho afirmado –algo que pasa por dar lo afirmado por verificado– y otra explicaría su desarrollo; ambas podrían funcionar como medios para probar la alegación *ex parte*.

Es lo cierto que el objeto del peritaje puede estar en adquirir certeza sobre los hechos afirmados, mas ofrecer con exactitud la estructura de un edificio, la composición de un alimento, la cantidad de un producto o la superficie de una acotación de suelo, por poner ejemplos simples, son irremediamente datos fácticos que no tienen por qué coincidir con los alegados en los escritos iniciales de las partes. No obstante los litigantes los tomarán por suyos con apoyo en la prueba practicada, sin que el particular pueda considerarse vulneración del principio de aportación de parte, alteración de las pretensiones iniciales que delimitaron el objeto del proceso o incongruencia del perito en su deber imparcial, en tanto en cuanto la finalidad que se le exigió se habría cumplido escrupulosamente. La mera verificación de un hecho alegado estaría en la plena coincidencia de éste con la conclusión pericial, lo que puede cotejarse *a posteriori*. Nunca podría impedirse la eventual falta de exacta coincidencia, que inutilizaría en ese tipo de casos el peritaje todo.

9. El perito también puede estar encargado de apreciar o valorar los hechos afirmados, pero si no entra en la consecuencia jurídica que por definición corresponde al juzgador no caerá en el alertado riesgo de sustitución del juez por el perito. Una vez más, un correcto ajuste

277. Que para autores como GIUDICEANDREA muestran las formas estática y cinematográfica respectivamente; v. “Consultante técnico (dir. proc. civil)”, *Enciclopedia del diritto*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 531 y ss.

de la función pericial comporta asumir que las valoraciones o apreciaciones de los hechos afirmados forman parte del *factum*, sobre el cual se escogerá el *ius* aplicable. De lo contrario podría sucumbir, precisamente, ante el peligro apuntado.

10. Desde la aceptación del perito se considera que entre éste y las partes que solicitaron su designación judicial surgen una serie de derechos y deberes bajo el contexto de una relación jurídica de naturaleza pública impuesta por la ordenación procesal²⁷⁸. El carácter público refuerza el valor probatorio del peritaje y la obligación y responsabilidad del experto, mas nunca le confundirá con el juez y su función, ni excluiría la alta dosis probatoria de su carácter procesal.

Al hilo de lo apuntado se ha defendido como novedad la obligatoriedad del ejercicio del cargo de perito²⁷⁹, pero de nuevo procede matizar. La obligación ya se encontraba encuadrada tanto como deber constitucional en el artículo 118 CE como en el mandato del artículo 17.1 LOPJ. En realidad, el legislador procesal civil ha reducido la dicha obligación o deber público estableciendo un sistema de provisión de fondos que, solicitado e incumplido, permite que el perito designado eluda el llamamiento por meros motivos crematísticos, aunque también por razones de supervivencia profesional.

Recuérdese en este punto de qué modo algunos autores entienden que el anticipo del gasto pericial no es más que una evitación del enriquecimiento injusto²⁸⁰.

En consecuencia, la nueva regulación positiva ha destruido la regla general de una pura obligación legal de colaboración. Y lo ha hecho a través de un elemento económico, el anticipo del pago al perito por sus servicios, a primera vista superpuesto al derecho de prueba cuando ya han sido resueltas las notas de admisibilidad y pertinencia del peritaje en concreto, sin observar atisbos de ilicitud relevante en su obtención.

278. Eduardo FONT SERRA, “El dictamen de pèrits a la nova Llei d'enjudiciament civil”, en *Estudis sobre la llei 1/2000 d'enjudiciament civil*, Studia Iuridica 19, CGPJ-CEJFE, Barcelona, 2003, p. 181.

279. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba...”, cit., p. 284.

280. Por todos, Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 227.

Aparte quedan las residuales hipótesis de prueba pericial obligada (y así justificada la iniciativa oficial), sea en juicios de incapacidad o en otros especiales de la LEC (artículos 752, 759, 770.4 II, 771.3, 774.2) o al amparo de leyes especiales (por ejemplo el artículo 128 de la Ley de Patentes).

Efectivamente, la falta de cobro hace desaparecer el deber de colaborar, que se convierte en una facultad salvo cuando no hubiera existido petición de provisión de fondos, o ésta tuviese lugar pero fuera del plazo previsto. Desaparece de ese modo la adquisición del perito de una responsabilidad pública enmarcada en el Estado Social de Derecho²⁸¹.

11. Otras tareas periciales, como la prueba sobre prueba o la aportación, sin más, de máximas de experiencia, para muchos sitúan al experto en un tipo de función básicamente auxiliadora²⁸². En cuanto a susodichas máximas otros autores las consideran “hechos” y, así, medios de acreditar/probar²⁸³. Y compartimos la idea de que la máxima es un hecho de la vida, naturalmente general y no desprendido del supuesto debatido en el pleito. En cuanto a la prueba sobre otros medios de prueba, por ejemplo la credibilidad de un testimonio, no puede desoírse que –siguiendo ese ejemplo– la conclusión experta tamiza los hechos introducidos por el testigo, e indirectamente se entrelaza con la noción de testimonio final que el juez va a recibir. Imagínese que la declaración de un niño muestra sesgos racistas derivados de la educación recibida y que conllevan una desviación en el relato, pero que el ajuste de credibilidad del perito sirve para corregir el sesgo y ofrecer, de ese modo, no tanto un mecanismo valorativo desde donde el juez no puede introducir hechos nuevos, sino un elemento probatorio que sustituye un hecho afirmado por otro, el “correcto” una vez depurado el meritado sesgo psicológico.

281. Así lo indicaba Lluís MUÑOZ SABATÉ, asimilando la obligación de declarar del testigo o el mantenimiento de la defensa del letrado; v. sus *Cuadernos de Probática*, Banco Santander Central Hispano, Madrid, 1999, p. 310.

282. Sólo como ilustración de las reglas de experiencia véase la cuarta edición del *Manuale di diritto processuale civile* de Enrico Tullio LIEBMAN (II, Giuffrè editore, Milano, 1981, p. 97). Cfr. también el trabajo de Vincenzo ANSANELLI, “Problemi di corretta utilizzazione della <prova scientifica>” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, nº 4, dicembre 2002, Giuffrè, Milano, pp. 1.333 a 1.351.

283. Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba...”, cit., pp. 116 y 118.

Es abiertamente diferente lo que ocurre con una tacha, donde simplemente se advierte al juzgador sobre eventual parcialidad en la declaración del testigo, para que aprecie lo que considere conveniente en el terreno de la valoración de los hechos que se le entregan.

Serra Domínguez considera que la tacha de la actual LEC implica la negación del derecho a la pericial practicada desde el momento en que, a diferencia de la recusación, el perito de parte no será sustituido. Conviene advertir que incluso no mediando tacha, el juzgado bien puede razonar, según la sana crítica, la inaplicación del contenido pericial ofrecido, lo que activaría la carga de la prueba en sede de consecuencias. Y esto no implica privar a la parte de prueba pericial, sino valorarla en libre convicción, cosa que igualmente puede ocurrir con el peritaje confeccionado por el sustituto del perito recusado.

VI. En particular, la máxima de experiencia

1. Aunque se admitiera la asepsia en el terreno fáctico, tanto de la prueba sobre prueba como especialmente de la máxima experta, su muy menor importancia en la práctica del foro reduce su valor de cara a definir la naturaleza probatoria del peritaje. Ciertamente es extraño que el experto sea llamado al proceso con la exclusiva función de exponer y explicar alguna regla o máxima de experiencia técnica o científica para que el juzgador la tome y aplique *ad casum*. Debe reconocerse que el particular se acerca más a una pura herramienta auxiliadora. Y si el juez tiene fundadas sospechas en torno a la exactitud de las máximas de experiencia técnica contenidas en el dictamen pericial, se sostiene que siempre puede acudir a un nuevo dictamen para resolverlas, usando de la facultad del artículo 435.2 LEC²⁸⁴.

284. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba...”, cit., p. 322. En sentido contrario, Jaime GUASP DELGADO y Pedro ARAGONESES ALONSO, *Derecho...*, cit., p. 415. Con matizaciones, Ricardo YÁÑEZ VELASCO, “Ampliación de peritaje por diligencia final de oficio. Límites a la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil”, *www.difusionjuridica.es*; cfr. *supra* Capítulo Cuarto.

2. A su vez resulta oportuno apuntar que no basta conocer determinadas reglas de ciencia, técnica, arte o praxis profesional, sino saber aplicarlas al caso concreto, lo que conforma una *conclusión experta* o especializada imposible para el juez, por mucho que éste pueda efectuar sobre ella análisis críticos de entidad. En fin, lo normal es que el experto use de la regla y convoque una determinada conclusión que verifique o analice los hechos afirmados por los litigantes y controvertidos en la causa²⁸⁵.

3. Cuando se aportan máximas de experiencia sin más parece claro que sería el juez quien aplicaría y obtendría las consecuencias posibles, pero ya en el terreno de la valoración jurisdicente, asumiendo pues una previa absorción dogmática de lo que sería práctica probatoria en sentido estricto. De ahí resulta que cuando el perito lleva a cabo el desarrollo de esa aplicación y obtiene la consecuencia, que como tarea pericial ofrece al juez, se plantee el problema de la usurpación o sustitución de funciones, peligro advertido durante largo tiempo²⁸⁶. Sin embargo, atendiendo a la estructura lógica de una y otra hipótesis, debe apreciarse de qué modo el juzgador que disfruta de una máxima de experiencia ofrecida por el experto puede utilizarla o no hacerlo. Ese uso tendrá lugar en la elaboración de su convicción, que motivará externamente para tomar una decisión definitiva. Y del mismo modo que por ello no se podrá acusar al juez de practicar prueba sin contradicción de las partes, nunca podríamos sostener que la labor pericial que concluye en una consecuencia concreta, tras aplicar el propio experto la dicha máxima, suponga la determinación de la convicción juzgadora. No será más que una prueba practicada que luego habrá de valorarse judicialmente, desoyendo pretendidas críticas sobre sustitución de funciones.

En todo caso, como regla empírica que es, la máxima de experiencia es un hecho (científico), si bien diferentes peritos pueden plantear conclusiones diversas sobre su apreciación, sobre su aplicación al caso concreto o sobre la propia veracidad o no de la máxima²⁸⁷. Y más allá de la máxima que sirve para valorar hechos aportados por otros,

285. Henry MOTULSKI, *L'expertise...*, cit., p. 9.

286. Por todos, Miguel FENECH NAVARRO en *L'expertise...*, cit., p. 172.

287. En este sentido Ignacio CUBILLO LÓPEZ, "La prueba...", cit., p. 116.

la máxima como hecho en sí puede conducir a otros hechos. Conocer la existencia de un devenir fáctico, negar su posibilidad o sostener el ligamen entre hecho indiciario y hecho presumido.

4. De cualquier modo, la máxima de experiencia que requiera de un perito por tratarse de una regla especializada que exija prueba, convierte a ese perito en medio imprescindible (de prueba) para la introducción en el proceso de esa regla²⁸⁸. En todo caso, no por ello se eludirá el carácter auxiliador a la función jurisdiccional que con el peritaje se consigue, lo que permite un cierto distanciamiento de la influencia de las partes que hubieran promovido ese perito.

Como es natural, cabe preguntarse hasta qué punto el resto de medios de prueba no funcionan también como auxilio al juzgador, en el sentido que se hagan imprescindibles a su labor, cual es la convicción sobre un concreto relato fáctico al que aplicar un determinado contenido normativo. La diferencia está en la función de juicio que debe desempeñarse, valorando una serie de datos o circunstancias ante las que sin perito no sería posible alcanzar una conclusión con base jurídicamente óptima. Y todo ello, aun reconociendo el valor probatorio del peritaje, se somete al equilibrio del auxilio al juez no sustitutivo de su intrínseca función valorativa.

Algunos autores, no obstante, centrándose en el carácter auxiliar del peritaje consideran que “la fungibilidad del perito permite su sustitución por el juez”²⁸⁹, lo que invierte el problema hacia la exclusión del peritaje como medio de prueba, posición que no compartimos.

288. Así Juan MONTERO AROCA, *La Prueba...*, cit., p. 74.

289. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba...”, cit., p. 289.

VII. La necesidad de contradicción y sus consecuencias en el terreno económico del peritaje

1. Se ha considerado incomprensible que el dictamen escrito permita eludir la contradicción consistente en que la parte no proponente pregunte, bajo intermediación juzgadora, aquello que entienda oportuno²⁹⁰. No debiera negarse, sin embargo, que quepa un peritaje oral, aun documentado en el acto de reconocimiento o vista de juicio. Ciertamente es que la venida al acto de juicio del perito no es preceptiva sino que depende, bien de la solicitud de esa parte, bien de la necesidad del juzgador para formar convicción. Esto último escapa, como es natural, a la idea de contradicción, pues no puede el juez suplantar a las partes en tal menester. Pero la voluntad de la parte en no pretender contradecir bien puede equipararse a la aquiescencia sobre el resultado del peritaje, lo que se asimila a coincidir sobre un determinado *factum* al delimitar el objeto procesal. Esto habría generado in controversia en ese punto, ante lo que difícilmente se hubieran planteado inconvenientes.

2. También puede ocurrir que la táctica litigante prefiera desmontar el peritaje por la vía de conclusiones –sólo posibles en el juicio ordinario– advirtiendo incoherencias en el dictamen que el propio sentido común podrá poner de manifiesto y que un interrogatorio precedente sobre el perito podría salvar en perjuicio del que plantee el defecto interrogando al experto.

Y todavía siguiendo la tesis de la crítica doctrinal antes apuntada, cuando el dictamen proviene de todos los litigantes, al no existir una parte contraria al proponente porque todos los son, la idea de contradecir reduce su lógica. Con todo, este particular podría salvarse en cuanto cada parte buscará en ese dictamen aquellas conclusiones ajustadas a sus intereses, por lo que todos los proponentes pueden ver en el peritaje practicado la necesidad de someterlo a interrogatorio para acercar a sus pretensiones el trabajo del experto. Ahora bien, en línea con lo expuesto, cuando exista un proponente único y el peritaje no resulte como se esperaba, también puede ser de su interés llevar a cabo un interrogatorio que permita superar

290. Juan MONTERO AROCA y José FLORS MATÍES, *Tratado...*, cit., p. 1.228.

conclusiones perjudiciales o complementar en su favor los resultados inicialmente ofrecidos por el perito. Ni parece lógico que deba prohibirse la solicitud de presencia pericial a instancia del proponente, pues la misma funciona como la proposición de un testigo más que como la de interrogar a la propia parte, está sí limitada en el rito. Pero cuando no es el proponente quien provoca la comparecencia en juicio del experto, la imputación del gasto adicional quizá dependa de distintos razonamientos.

3. La prueba pericial puede acabar consistiendo únicamente en el dictamen y, con ello, reducir el sentido tradicional de la práctica de la prueba, sobre todo cuando siquiera se requiere expresamente, para el perito designado por la parte, la ratificación de su trabajo ante el juzgador. Esta concepción, criticada por la doctrina antes citada, ha servido para afirmar que el juez no deba admitir la posibilidad de que haya prueba sin interrogatorio del perito²⁹¹. Incluso se ha llegado a considerar que la emisión del dictamen por escrito no completa por sí sola la prueba pericial, pudiendo precisar de ratificación y exposición del dictamen en audiencia pública bajo intermediación y concentración, lo cual se extiende no sólo a los peritos designados judicialmente, sino también a los expertos escogidos directamente por las partes²⁹². Se ha planteado la necesidad de que se cite al perito para una comparecencia en la Oficina judicial, en la que entregará su dictamen y lo ratificará a presencia judicial, para que después del traslado del dictamen al resto de partes puedan éstas interesar la presencia del experto²⁹³, una más, para responder a preguntas, aclaraciones o ampliaciones. Quizás habría que matizar lo innecesario del traslado si se obligase al perito a proveer a las partes de copia del dictamen que entre en el juzgado, pero es claro que si no se produce la comparecencia de entrega y ratificación ésta sólo sería posible si las partes –o en juzgador de oficio– solicitan la presencia del experto en el acto de juicio o vista.

291. Juan MONTERO AROCA y José FLORS MATÍES, *Tratado...*, cit., p. 1.228.

292. José María RIFÁ SOLER, “Del dictamen...”, cit., pp. 1622 y s. Abogando por la ratificación para cualquier tipo de perito, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Algunas reformas urgentes de la Ley 1/2000 sobre enjuiciamiento civil”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003-3, p. 196.

293. Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 311.

Con respecto al traslado, en cualquier caso, se plantea su vinculación con el derecho de defensa a efectos de activar el contenido del artículo 346 LEC.

4. Nada impide que, llevado al proceso, nadie –incluido el letrado del litigante proponente o el propio juez– tenga pregunta alguna que hacer, en tanto el dictamen resulte perfectamente claro y en nada requiera explicaciones, complementos o aclaraciones. Forzando el mero ritualismo, el perito se vería obligado a responder sobre algo que ya podría leerse sin dificultad alguna en su trabajo escrito, lo que mostraría una ridícula pérdida de tiempo. Otra cuestión, que no deja de ser formal, estaría en exigir ratificación a presencia judicial, también para los peritos designados *ex parte*, momento en el que cabría confirmar las advertencias legales al experto y su promesa o juramento, cosa que aparte de la intermediación explícita que se consigue no deja de ser una reiteración, al margen que a pesar del título que recibe el artículo 346 LEC su contenido no muestra acto ratificador alguno, siquiera para el perito designado judicialmente²⁹⁴.

Hasta cierto punto, también podría criticarse la mecánica de la prueba documental, que en la práctica no se *práctica*. Su coste en juicio, sin embargo, es prácticamente nulo, limitado a la obtención y copias del documento, sin aumentar el tiempo de la vista y, así, el difuso desembolso de la Administración de justicia en cada proceso.

5. Mas allá de las inquietudes procesales relacionadas con la contradicción, la viabilidad del peritaje se cobra a partir de la presencia del experto, que inevitablemente habrá de reconocer su trabajo o rectificarlo de algún modo. Al tiempo cabe constatar a través de la intermediación –y escapar a la figura del *documento* con valor *pericial*– la corrección dogmática del auxilio experto al juez bajo presupuestos objetivos del Derecho público (imparcialidad y objetividad).

294. Se ha considerado, de todas formas, que en cualquier caso debe comparecer personalmente el perito para ratificar, bien al entregar el informe, bien cuando se le convoke para hacerlo ante el Secretario judicial (artículo 289.3 LEC); Jesús C. RUEDA LÓPEZ, “Art. 182 al 359”, cit., p. 1.131. En sentido similar, se considera que la ratificación del informe es consecuencia directa de su emisión, y así de las obligaciones inherentes al perito, sin distinguir entre la tipología según designantes; v. Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba pericial...*, cit., p. 221.

Desde la admisión del medio probatorio –que es el peritaje todo y no el mero informe o dictamen escrito, aunque vinculándose irremediabilmente al experto que lo ha confeccionado– debe considerarse que el perito designado por la parte es “nombrado” por el juez para ser su auxiliador técnico, científico o artístico. Si se rechaza la admisión nunca sería posible utilizarlo en la valoración del caso, ni incluirlo concebido como costas sino como gastos²⁹⁵. De ahí que el legislador quizás confunda “designación” con “nombramiento”, pese a tratarse de términos conceptualmente diversos²⁹⁶. La primera puede venir tanto del litigante como del juez, pero el nombramiento del experto, como sujeto a desempeñar una labor de carácter público, sólo puede provenir del juzgador aunque lo sea en modo tácito. Y de él acaba naciendo, en todos los casos, el auténtico perito en Derecho procesal: el auxiliador objetivo e imparcial del juez; en la mayoría de los casos, también, medio de prueba en sentido propio o restrictivo.

VIII. La valoración judicial del peritaje y la atribución del coste pericial

1. El conocimiento técnico de cada juez funciona al valorar, no al admitir medios de prueba periciales, por lo que practicados estos últimos el juez podrá analizarlos críticamente, en mayor o menor medida cuando sepa más o menos sobre la materia. No debe ocurrir que el juez ofrezca, por sí mismo, prueba pericial sobre cualquier extremo y, de ese modo, no admita un peritaje propuesto que reúna las características de pertinencia y utilidad²⁹⁷. Se admite que el juez actúe en el modo que lo haría el perito si se trata de máximas de experiencia por

295. Se considera, en este sentido, que en lo no admitido los honorarios de perito tendrán la consideración de gastos; por todos, Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA, *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, p. 140.

296. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Manual...*, cit., pp. 109 y 112.

297. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Manual...*, cit., p. 131.

aquél conocidas²⁹⁸, lo que quebraría la regla de aportación de parte característica del proceso civil dispositivo²⁹⁹. Si el juez es experto en la misma disciplina del perito, mejor podrá valorar el dictamen emitido, sin sustituirlo por uno propio en sentencia, que además sería ya imposible de contradecir³⁰⁰. A favor de este tipo de sustitución se ha manifestado la jurisprudencia³⁰¹, corroborada por cierta doctrina que admite el particular si el juez lo hace constar en el fallo –en la fundamentación fáctica, se querrá decir–, para respetar el derecho de defensa³⁰². La defensa aludida, entendemos, referirá a la ejercitable por la vía de recurso, ya que la sentencia pondrá fin al pleito en primera instancia.

En este sentido se postuló que aunque el juez disfrute de una especial cultura no sería aceptable excusar la colaboración pericial que se precise en un caso determinado³⁰³. Ni quienes defienden ese tipo de pericia personal no jurídica impiden el peritaje a instancia, sino que precisamente postulan el adelanto de la intención juzgadora para que las partes estén en condiciones de proponer un perito propio³⁰⁴. Otra cuestión es aproximar las funciones juzgadora y pericial, sin llegar a asimilarlas.

Como es de ver, la tal opinión nunca supondría un abaratamiento de los costes. Pero volviendo a la cuestión dogmática, las cercanías conceptuales entre las tareas periciales y juzgadoras resultan incontestables a la vez que patente la vinculación entre el peritaje y la función jurisdiccional auxiliada por aquél. Quizás por ello debiera ser gra-

298. Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte General* (con otros autores), Colex, Madrid, 2000, p. 309.

299. En contra de la actuación juzgadora de oficio y a favor de que la certeza de la máxima es una certeza fáctica que debe perseguir la parte interesada, véase por todos Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba...”, cit., p. 118.

300. Eduardo FONT SERRA, *El dictamen de peritos...*, cit., p. 61.

301. STS de 10 de febrero de 1994, citada por Ignacio CUBILLO LÓPEZ (“La prueba...”, cit., p. 119, nota núm. 201), quien la considera excesiva.

302. Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba...”, cit., p. 119.

303. Giorgio LASERRA, *La prova civile*, Jovene, Napoli, 1957, p. 69.

304. Lluís MUÑOZ SABATÉ, “¿Hasta qué punto el juez no queda vinculado por el dictamen pericial?”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1971-I, p. 229.

tuita la labor pericial, en el bien entendido que los justiciables pagan abogados, procuradores y procedimientos, o los sistemas de justicia gratuita lo hacen en su lugar cuando procede. El juez se encuentra retribuido por el Estado, al igual que la infraestructura material en la que se desenvuelve todo itinerario procesal. Y si el trabajo pericial deviene imprescindible para la labor judicial, dentro de los oportunos cauces procedimentales y delimitado con singularidades respecto del contenido de otros medios de prueba, no parecería extraño ubicar el coste directamente enlazado con el de esa tutela judicial satisfecha de principio a fin por la Administración de justicia, que sólo a través de las tasas judiciales, pero no mediante las costas procesales, obtiene retribución. Actualmente un gasto presupuestario de ese tipo es inasumible, por lo que su justificación viene residiendo en las mecánicas de política legislativa en materia de justicia gratuita. A su vez, las tasas judiciales están siendo introducidas como costas procesales, por lo que las personas jurídicas obligadas a su pago en momento inicial del proceso, pueden repercutir el gasto en el momento final³⁰⁵.

2. Es de subrayar que el artículo 429.5 LEC no prevé el auxilio judicial para el dictamen de peritos, que en su caso no se ceñiría a la ratificación (pericial) prevista en el artículo 169.4.1 LEC –superflua, en especial, para los peritos designados *ex parte*– sino al cúmulo de actuaciones permitidas a través del artículo 347.1 LEC y teóricamente advertidas por el litigante que considere útil y pertinente la presencia del experto. Éste, aun teniendo domicilio en lugar distinto del de juicio, no deja de hallarse vinculado por un contrato de servicios que le conmina a comparecer, si es necesario, en el lugar donde se desarrolle el proceso al que objetiva su labor, eludiendo los inconvenientes de la falta de intermediación y de la falta de previsión, para este medio de prueba, de la cooperación entre Tribunales de justicia. Un contrato que, llegados al punto de la citación ya estaría procesalizado, esto es, habría trascendido al deber público (caso del perito designado *ex parte*), o habría nacido con él (supuesto del perito designado judicialmente).

De otro lado téngase presente que según el dictado del artículo 339.3 LEC no es el juez quien establece el objeto de la pericia, por

305. Sobre las consecuencias que ello provoca, enlazadas con la naturaleza jurídica de la tasa, v. Capítulo Octavo, epígrafe I, apartado 2.

mucho que ambas partes encuentren acuerdo en la designación y delimitación del objeto pericial. A su vez, ese acuerdo nunca podrá anticiparse con respecto al resultado del peritaje³⁰⁶, vulnerando la libre valoración probatoria. Es cierto que si para las partes son incontrovertidos determinados contenidos propios de una pericia –los que deducen hechos– convierten en inútil el medio de prueba pericial que los mostraría al juzgador porque no se dirige a solucionar ningún debate: en ese punto las partes no discuten, el objeto procesal es incontrovertido o pacífico, el juez debe asumir el planteamiento de los litigantes. Pero sería diferente, e inasumible, que se practique un peritaje cuyo resultado se admite de antemano por las partes, para excluirlo de la controversia al modo de la admisión mutua de hechos. Si así fuese, como no se conoce con antelación, sería muy fácil que esa aquiescencia anticipada contradijese los propios razonamientos y pretensiones fundamentales de la demanda o la contestación, lo que nunca tiene lugar con la admisión de hechos, salvo en supuestos de allanamiento. Desde otro punto de vista, el acuerdo referido impide que se discuta la propia designación judicial solicitada una vez tenga lugar, pues hacerlo supondría actuar contra los propios actos procesales.

Esa obligación privada-pública bien puede incumplirse sin que para el perito se abran consecuencias directas en el ámbito procesal. Pero salvo si renuncian al medio de prueba, tanto actor como demandado tienen la obligación de ofrecer al juzgador la disposición del medio de prueba propuesto y admitido, lo que no impide que aseguren su interés a través de la citación judicial. Algunos jueces de primera instancia suelen negarla, entendiendo que el perito de parte es un contratado de ésta y que el litigante debe asumir su aportación al margen de la actividad jurisdiccional. No obstante, sin la dicha citación no procede suspender la vista o juicio, pues la hipótesis del artículo 183.4 LEC se limita a los testigos y peritos “citados”, lo que podría generar una suerte de indefensión si se rechazó la citación judicial y se rechaza también la suspensión de la vista ante la incomparecencia, siempre y cuando no se subsane el déficit probatorio a través de una diligencia final, a nuestro entender exclusivamente viable en el juicio ordinario salvo la excepción del artículo 315.2 LEC.

306. Eduardo FONT SERRA, *El dictamen de peritos...*, cit., p. 80.

En otros juzgados se admite la citación judicial, pero la cédula se entrega a la parte proponente para su diligenciamiento, lo que en ocasiones puede ser más rápido que la notificación a través de la misma oficina judicial o de un servicio común de actos de comunicación.

3. El propio juzgador está facultado para acordar de oficio la presencia del experto en el acto de la vista o juicio, para que responda a las aclaraciones que considere oportunas (artículo 338.2.2 LEC) o para comprender y mejor valorar el dictamen emitido por escrito (artículo 346 LEC).

El juez no puede acordar de oficio la asistencia de un testigo o un interrogatorio que las partes no hayan instado, pero sí participar en él al amparo de los artículos 372.2 y 306 LEC respectivamente, o incluso generar un careo entre ambos, como también ocurre sólo entre testigos según previsión del artículo 373 LEC. La asistencia del perito parte de la base de que ya se ha realizado el peritaje y va ser posible tenerlo en cuenta para valorar la solución de la controversia. En realidad no se trata de que participe un perito que no lo haría sin la instancia de parte, sino de ajustar el trabajo de ese perito que ya se encuentra a disposición del tribunal por la vía documentada del dictamen. Es como si ya hubiese tenido lugar la práctica del medio de prueba, cuando en sentido estricto no ha sido así.

La iniciativa judicial, no obstante, sigue el planteamiento económico arriba expuesto sobre la imputación del pago, sin perjuicio de retomar la cuestión más adelante para planteamiento de nuevos problemas.