

LA PRUEBA PERICIAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. BALANCE CRÍTICO

EXPERT EVIDENCE IN THE CIVIL PROCEDURE LAW. A CRITIC ANALYSES

JOSÉ LUÍS GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ¹

Sumario: I. ASPECTOS GENERALES: REGULACIÓN LEGAL. II. PROCEDIMIENTO.
III. VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA PERICIAL.

Summary: I. GENERAL ASPECTS: LEGAL REGULATION. II. PROCEDURE. III.
PROBATIVE VALUE OF THE EXPERT EVIDENCE.

I. ASPECTOS GENERALES Y ANTECEDENTES: REGULACIÓN LEGAL

Entre las novedades que introdujo la Ley de Enjuiciamiento Civil (a partir de ahora LEC) se encuentra la regulación unitaria de la prueba en sede de normas generales comunes a los procesos declarativos (en el libro II, Título I, arts. 281 y ss.), con derogación de las normas del Código Civil (Cc) de contenido procesal, reforma que se proyecta, tal y como se recoge en su Exposición de Motivos, en tres vertientes distintas:

- a) De una parte, se regula y determina el objeto de la prueba, lo relativo a la iniciativa de la actividad probatoria y su admisibilidad, sujeta a los criterios tradicionales de pertinencia y utilidad, a los que se añade como novedad el de la licitud, hasta ahora inexistente, a pesar de su introducción en el art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (a partir de ahora LOPJ).
- b) De otra parte, y en cuanto al procedimiento, se introduce una de las novedades más importantes, frente a la dispersión anterior en la práctica de la prueba, consistente en que dicha práctica se realizará en el juicio o vista bajo los principios de publicidad, oralidad, concentración, contradicción e inmediación sin perjuicio de regular aquellos supuestos de prueba anticipada o aseguramiento de la prueba que se rodean de las mismas garantías.
- c) Finalmente, y en lo que concierne a los medios de prueba, se realizan importantes cambios en los ya conocidos tradicionalmente y se introducen otros nuevos a que dan lugar los avances técnicos, sin que en ningún caso supongan un número determinado y cerrado de medios de prueba, sino más bien y como recoge la Exposición de Motivos de la LEC “la apertura legal a

¹ Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid). Abogado.

la realidad de cuanto puede ser conducente para fundar un juicio de certeza sobre las alegaciones fácticas”.

Precisamente la prueba pericial, o como la denomina la LEC, “el dictamen de peritos”, es uno de los medios de prueba que sufre importantes cambios huyendo de la complicación procedimental a que conducía la regulación de la LEC de 1881 y en la que se viene a acentuar que lo importante es el dictamen pericial como medio de prueba, más que el perito que lo emite a la hora de valorar hechos o circunstancias del asunto o de adquirir certeza sobre ellos². No obstante, después del transcurso de más de diez años de vigencia interesa una revisión crítica de la nueva regulación.

1. Concepto.

En la práctica de los tribunales el dictamen de peritos es uno de los medios de prueba de mayor relevancia, junto con la documental, en el ámbito del proceso civil, como viene a demostrar el estudio de la jurisprudencia y su frecuente utilización cuando es necesario realizar análisis o estudios técnicos sobre el objeto del proceso y los hechos que lo conforman que escapan de los conocimientos exigibles al juzgador.

Quizás ese éxito de la prueba pericial, en el proceso civil, si así puede decirse, puede tener su explicación en la disparidad y complejidad de los posibles objetos sometidos a la actividad enjuiciadora en una sociedad de nuestra época y a la diversidad de pretensiones que se deducen ante los Tribunales. No puede pretenderse que el Juez tenga unos conocimientos enciclopédicos y un grado de experiencia que escaparía a la capacidad humana para la resolución de todos los conflictos donde se requeriría conocimientos “científicos, artísticos, técnicos o prácticos” a que se refiere el artículo 335.1, de la LEC³.

La necesidad de suplir dichas lagunas cognitivas o de suministrar al Juez lo que Stein denominó máximas de experiencia que no se encuentran en su acervo cultural, hacen especialmente idónea la prueba pericial⁴.

La prueba pericial puede definirse con De la Oliva Santos, como la actividad, normalmente desarrollada a instancia de las partes, en virtud de la cual una o varias personas expertas en materias no jurídicas, elaboran y transmiten al tribunal información especializada dirigida a permitir este conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes en el proceso.⁵

² E. FONT SERRA, “El dictamen de peritos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Aportaciones del Profesor Eduardo Font a la doctrina jurídica*, Madrid, 2004, p. 139.

³ Vid. V. GIMENO SENDRA y P. MORENILLA ALLARD, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte general*, 2ª ed., Madrid, 2007, p. 467.

⁴ F. STEIN, *El conocimiento privado del Juez*, trad. de A. DE LA OLIVA SANTOS, Pamplona, 1973.

⁵ A. DE LA OLIVA SANTOS, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 580.

Se observará que se hace alusión a materias no jurídicas, ya que en nuestro sistema no cabe un peritaje sobre asuntos jurídicos en virtud del principio *iura novit curia* (el Juez conoce el derecho). Eso no excluye que puedan aportarse al proceso (con cierta frecuencia), informes o dictámenes jurídicos que intenten ilustrar al juzgador, aunque en principio no lo necesitaría, pero que en ningún caso serían prueba pericial en sentido estricto.

Por otra parte, el dictamen pericial puede ser definido como la información que proporcionan personas con conocimientos científicos, artísticos o prácticos, en relación con hechos o circunstancias fácticas de influencia en el proceso civil.

La LEC establece las nuevas características de este medio de prueba en el que, por regla general, serán las partes las que designen los peritos y aporten sus dictámenes como documentos que acompañan a los escritos de demanda o contestación –salvo las excepciones contenidas en la ley-, o bien sea el órgano jurisdiccional quien designe el perito previa solicitud de parte, en los supuestos y mediante los mecanismos previstos en la ley (art. 335.1 LEC).

La prueba de peritos tiene una amplia regulación en la LEC que no se circunscribe a su regulación como medio de prueba (arts. 335 a 352 LEC), sino que también son de aplicación, entre otras, las relativas a la abstención y recusación de los peritos designados judicialmente (art. 124-128 LEC), comunicación con los peritos (art. 356 LEC), concurrencia del reconocimiento judicial y la pericial (art. 356 LEC), el tratamiento procesal del testigo-perito (art. 370 LEC), la intervención de las partes respecto de la pericial aportada o solicitada en la audiencia previa del juicio ordinario (arts. 426.5, 427.2-4 y 429.1 LEC), el nombramiento y actuación del perito tasador para la valoración de los bienes embargados (arts. 638 y 639 LEC), el nombramiento del perito para el avalúo de los bienes del caudal hereditario (art. 783 y 784 LEC), o la intervención del perito en el cotejo de letras (art. 349 LEC).

Contribuye al esclarecimiento de la figura del perito su distinción con la figura del testigo sin perjuicio de que, en ocasiones, pueda hablarse del testigo-perito (art. 370 LEC). Aunque pueda decirse que ambos son terceros y ajenos a las pretensiones de las partes, los testigos son fuentes de prueba por su relación con los hechos relevantes del proceso de tal manera que su conocimiento sobre los mismos se introduce en el proceso a través de la prueba testifical, mientras que el caso de los peritos es diverso, ya que éstos y sus específicos conocimientos son la fuente de prueba obtenida en relación a un vínculo que surge con ocasión del proceso y que son incorporados al mismo a través del dictamen pericial⁶.

Mientras que el perito con su dictamen aporta al proceso premisas mayores fácticas o máximas de experiencia especializadas, el testigo proporciona premisas menores, es decir, hechos históricos concretos, aunque para declarar sobre ellos tenga que subsumirlas en premisas mayores (v.gr. las del lenguaje, etc.). En definitiva, el

⁶ Vid. en tal sentido a M^a L. ESCALADA LÓPEZ, "El dictamen de peritos en la LEC: Aspectos generales. Especial atención a su naturaleza jurídica", en *Revista de Derecho Procesal*, 2007, p. 311.

testigo declara sobre cómo ha acontecido un hecho ya aportado al proceso, mientras que el perito, sin perjuicio de si ese hecho ha acontecido realmente o de una u otra forma, aporta su ciencia o experiencia especializada sobre determinadas reglas técnicas que conforman esos hechos.

De todo ello se deduce que mientras el testigo es infungible, ya que aporta hechos históricos concretos, el perito es fungible en cuanto que puede ser sustituido por otras personas expertas que posean sus conocimientos especializados.

Lo anterior no contradice el que se reconozca legalmente (art. 370.4 LEC) la figura del testigo-perito, esto es, cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, en cuyo caso el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos. Consecuencia de ello es que las partes puedan alegar al tribunal cualquiera de las causas de tacha previstas en la ley (art. 343 LEC) y que el tribunal deba hacer a modo de doble valoración (en cualquier caso libre) sobre la declaración del testigo-perito, esto es, sobre la veracidad de su declaración como testigo y sobre las máximas de experiencia que aporta como perito.

2. Naturaleza jurídica.

Como es sabido, respecto de la anterior regulación de este medio de prueba en la derogada LEC de 1881, se produjo un debate doctrinal en torno a su naturaleza jurídica. Así, mientras unos mantenían que se trataba de un auténtico medio de prueba, otros entendían que era un medio auxiliar del Juez en los conocimientos que desconocía bajo las garantías de imparcialidad y capacitación (específica titulación), sin que faltaran opiniones intermedias que ofrecían opiniones híbridas que trataban con un ánimo conciliador de dar respuesta a la integridad del fenómeno pericial, concibiendo al perito desde el punto de vista estructural, como auxiliar del juez, y desde el punto de vista funcional, como medio de prueba.

Esta última consideración es la que prepondera en los sistemas jurídicos de nuestro entorno (Alemania, Francia y Portugal), sí bien, en el sistema italiano, su regulación en la ley procesal civil, parece dar a entender que el perito es un auxiliar del juez.

De la nueva regulación de la prueba pericial en la LEC se desprende sin duda su consideración como medio de prueba, ratificado expresamente en su Exposición de Motivos, donde se afirma textualmente que “esta ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como medio de prueba”, añadiendo que “la actividad pericial cuya regulación decimonónica reflejaba el no resuelto dilema acerca de su naturaleza -si medio de prueba o auxilio del juzgador- responde ahora plenamente a los principios generales que deben regir la actividad probatoria adquiriendo sentido su libre valoración”.

Por otra parte, esa consideración la avala el hecho de que, por regla general, la prueba pericial se aporte o se acuerde a instancia de parte, sin perjuicio de los supuestos excepcionales en que la LEC permite en ciertos procesos civiles, donde no rigen en toda su extensión los principios dispositivo y de aportación de parte y con intervención del Ministerio Fiscal, la designación de peritos de oficio, caso de los procesos de filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o los matrimoniales (art.339.5 LEC).

Es más, en algunos de esos procesos, concretamente en el de incapacitación, el dictamen pericial médico es un presupuesto necesario y previo a la decisión judicial (art. 759,1 in fine LEC), lo que, a pesar de su importancia, no quiere decir vinculación absoluta del Juez a las conclusiones del dictamen. Realmente si se entendiera que el perito es un auxiliar del Juez en sentido propio, lo procedente sería la vinculación de éste a su dictamen y no la libre valoración según las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC). Volveremos posteriormente sobre este tema de forma más amplia al hablar de la valoración de la prueba pericial.

Sólo añadir ahora, que todavía existen dudas en algún sector doctrinal sobre la naturaleza de la actividad que llevan a cabo como “auxiliares” de la Administración de Justicia, algunos cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia regulados en el Libro VI de la L.O.P.J. (art. 470 y ss), tales como los Médicos Forenses, los Facultativos y Técnicos especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, entre otros, o los equipos técnicos a que hace referencia, por ejemplo, la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (LO 5/2000), que tienen otorgada cierta capacidad postulante cuando pueden proponer incluso en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente (art. 27.4 LRPM).⁷

Sin entrar ahora, pero sí dejando nota de la polémica, lo cierto es que la nueva LEC, como ya se ha dicho, otorga sin duda a la actividad del perito en el proceso el valor de prueba pericial, lo que, como se verá después, no es baladí a la hora de su valoración y del juego del conocimiento privado del Juez en este tema.

3. Clases.

Sin perjuicio de las distintas clasificaciones que puedan hacerse en función de las personas o entidades que puedan actuar como peritos en el proceso, así: peritos titulados, es decir, que posean título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen; o no titulados, esto es, personas entendidas en la materia (art. 340.1 LEC); o peritos individuales (personas físicas) y peritos corporativos (Academias, Instituciones culturales, etc.) (art. 340.2 LEC), aunque en este último caso la LEC (art. 340.3) exija a la institución que el dictamen exprese qué personas (físicas) se encargarán de prepararlo, a las que también exige juramento o promesa de decir verdad, debemos

⁷ Sobre esto puede verse, E. PEDRAZ PENALVA, "Apuntes sobre la prueba pericial en el proceso penal. Especial consideración de la pericia psiquiátrica", en *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, 1994, pp. 339 y ss., y M^a L. ESCALADA LÓPEZ, *op. cit.* pp. 325 y ss.

referirnos fundamentalmente a la distinción que ahora acoge la LEC entre peritos designados por las partes y peritos designados por el tribunal.

Como es sabido, en el Proyecto de LEC remitido por el gobierno al Parlamento, se concebía la prueba por medio del dictamen de peritos como una prueba que debía realizarse habitualmente a través de la aportación al proceso de dictámenes elaborados por peritos designados por las partes y sólo en supuestos excepcionales se permitía que se procediera a la designación de perito por el tribunal. Como consecuencia del trámite parlamentario y de varias enmiendas, al final se admitieron las dos modalidades de dictamen de peritos que recoge la LEC: el dictamen emitido a solicitud y libre elección de las partes y el dictamen emitido, normalmente a solicitud de parte, por peritos designados por el tribunal.

Las dos modalidades son compatibles y no se excluyen entre sí, como se deduce del articulado de la LEC (art. 335.1 y 339), incluso si existen sobre la misma cuestión, y en ambos casos se trata de medios de prueba en sentido estricto, es decir, han de ser valorados por el Juez con arreglo a las reglas de la sana crítica.

En el sistema procesal anterior, los dictámenes o informes que se acompañaban con los escritos alegatorios (demanda y contestación) no se consideraban por la jurisprudencia como prueba pericial en sentido estricto, y sí, en algunos casos, como documentos periciales que debían ser ratificados por los expertos que los habían emitido a través de la prueba testifical (STS, 6 de febrero 1998, RA 1998/703). Ahora la LEC otorga naturaleza de prueba pericial a los llamados dictámenes periciales extrajudiciales, obtenidos fuera del proceso, lo que, como veremos, ha de tenerse muy en cuenta a la hora de la valoración de esta prueba.

II. PROCEDIMIENTO

En cuanto al procedimiento, sin que ahora sea ocasión de exponerlo de forma exhaustiva y sí en aquellos aspectos que más interesan, conviene distinguir, entre el dictamen emitido por los peritos designados por las partes y el dictamen emitido por los peritos de designación judicial.

1. Dictamen de peritos designados por las partes.

Aunque el carácter de regla general de esta clase de pericia no se deduzca de forma expresa del articulado de la LEC, sí parece ser la voluntad del legislador si se examina su Exposición de Motivos (ep. XI, párrafo 14), aparte del orden dado en su regulación, primero a la designación por las partes y luego a la designación judicial.

Si se compara con la anterior regulación, donde solo se preveía la pericia judicial y los problemas que ocasionaba, la introducción de esta modalidad ofrece algunas ventajas. Así, entre otras, se simplifica y acelera el procedimiento ya que las partes tienen en sus manos la posibilidad de que el proceso se tramite en un tiempo razonable, sin las demoras que provocaba la designación judicial del perito. Además no suelen

existir problemas en la remuneración del perito, que abona la parte que encarga el dictamen y éste puede contradecirse con el contrario informe de la otra parte, cosa que no ocurre con el dictamen emitido por designación judicial.

Por otra parte, hoy no se puede compartir la idea de que, por principio, el perito de designación judicial es siempre más imparcial que el que designan las partes, pues ambos están sometidos a la obligación de decir verdad bajo sanción penal en el caso de incumplimiento de sus deberes (art. 335.2 LEC).

No obstante, y como veremos después, el tratamiento jurisprudencial que en el anterior sistema tuvo la pericia extrajudicial, donde no se la consideraba verdadera prueba pericial, sigue pesando todavía en la práctica de los tribunales. En cualquier caso no debe influir para nada en la imparcialidad del perito cuál sea la parte que abona sus honorarios, porque también en el sistema de designación judicial tal abono se atribuye a la parte que lo solicita o a ambos litigantes si los dos lo han solicitado (art. 339.2 LEC). Cuestión distinta es quién haya de abonar la remuneración del perito en los pocos casos ya aludidos en que puede ser designado de oficio, o en los supuestos en que la parte que lo solicita sea acreedor del beneficio de justicia gratuita, y esto sin perjuicio de lo que se determine respecto de las costas. Dicho lo anterior, somos conscientes de la existencia de un *animus* judicial tendente a considerar más objetivas las pruebas periciales que tiene su origen en la petición de perito judicial, al menos, cuando ambas partes presentan sendos dictámenes periciales que resultan absolutamente contradictorios.

A) Aportación en la fase de alegaciones.

En este punto la regla general es que las partes aporten los dictámenes periciales con los escritos alegatorios, esto es, con la demanda y con la contestación (art. 265,1,4º y 336), sin perjuicio de que la LEC admita excepciones cuando no se puedan aportar con esos escritos, en cuyo caso podrán anunciarse y aportarse después antes de iniciarse la audiencia previa o la vista del juicio verbal (art. 337 LEC) —con la modificación que ahora comentaremos— cuando la utilidad o necesidad de los dictámenes surja con motivo de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones complementarias admitidas en la audiencia, debiendo aportarse los dictámenes en este caso con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista del juicio verbal (art. 338 LEC).

El anuncio del dictamen pericial por las partes en sus escritos de demanda y contestación cuando, por las razones que sean, no hubieran podido aportarse con los escritos alegatorios al que se refiere el art. 337 LEC y la posibilidad de aportarlo posteriormente, podría dar lugar a ciertos inconvenientes que pueden haberse subsanado en una gran parte por las modificaciones introducidas por la Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal y de implantación de la nueva Oficina judicial. Efectivamente, el art. 337 LEC permite actualmente y hasta que entre en vigor la citada Ley 13/2009 que, en estos supuestos y para el juicio ordinario, se puedan aportar los dictámenes periciales: “...en cuanto se dispongan de ellos y en todo caso antes de iniciarse la audiencia previa al juicio”.

Que el legislador otorgue esta oportunidad de anunciar los dictámenes periciales al demandado en la contestación a la demanda puede tener todo su sentido ya que éste, desde que se le notifica la demanda, tan sólo dispone de veinte días para contestar y, además, poner los medios necesarios para seleccionar un perito y que éste elabore el dictamen y sea aportado al proceso con ese escaso tiempo — siempre y cuando se trate de dictámenes de peritos designados por las partes—. Podría tener también su sentido en relación con el actor cuando el perito no hubiera tenido la oportunidad de completar su informe, de tener acceso a determinada información o lugares hasta un momento posterior o a tener acceso a ciertos archivos o protocolos necesarios para realizar en última instancia el dictamen pericial.

Sin embargo, este segundo supuesto es menos habitual que cuando la opción prevista en el 337 LEC la ejercita el demandado. Cuando es así, tiene lugar otra situación de difícil resolución práctica ya que el hecho de que se le permita aportar el dictamen “*antes de iniciarse la audiencia previa*” puede provocar que la parte demandada, deliberadamente o no, presente el dictamen sujetándose a este precepto justo el día antes de la celebración de la audiencia o, incluso, el mismo día fijado para la audiencia aunque con un escrito presentado horas o minutos antes de la misma. En estos casos, el Juzgador no puede negarse a la admisión de este medio de prueba pues, en última instancia, se cumplen los presupuestos establecidos en el art. 337 LEC. No cabe duda, de que este tipo de actuar puede colocar al actor en una situación de indefensión cuando en supuestos de complejos y amplios dictámenes periciales, esta parte no tiene tiempo material para valorar concienzudamente el informe y, no digamos, poder asesorarse sobre sus conclusiones con un experto en la materia objeto del mismo, con la finalidad última de rebatirlo o discutir sobre su contenido de cara a solicitar la intervención del perito en el acto del juicio o en relación con la impugnación del dictamen.

Descartada una posible suspensión de la audiencia previa en la mayoría de los supuestos basada en este motivo según podemos concluir de nuestra propia práctica forense, no quedará más remedio que intentar el análisis del informe lo más rápidamente posible para determinar si la intervención en el acto del juicio del perito será necesaria o si procede su impugnación.

La anterior situación parece preocupar también al legislador ya que a través de la Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal ha modificado el art. 337.1 LEC exigiendo que la aportación en estos supuestos excepcionales del dictamen pericial se produzca, en todo caso, cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario. Desaparece así el riesgo ante una posible indefensión de la parte en los términos señalados.

A propósito del *juicio verbal*, donde caben procesos con contestación a la demanda escrita y, la regla general, contestación oral en la vista, la jurisprudencia menor quizás esté realizando una interpretación demasiado rigurosa al exigir la aportación de los dictámenes periciales con anterioridad a la vista con base en el art.

337.1 LEC que precisamente acoge una excepción a la regla general de aportación (SSAP Murcia, Sección 5ª, 9 de septiembre 2003, y Soria, de 21 de octubre de 2002). Dicha interpretación podría ser discutible constitucionalmente (art. 24.1 CE), sobre todo porque está en directa contradicción con lo que establece el art. 265. 1.4º LEC –que se refiere, entre otros, a la aportación de dictámenes e informes “*en el acto de la vista*”–, lo que ha de tomarse como norma general, salvo las excepciones de los arts. 337 y 338 a los que ya se ha aludido⁸.

La cuestión parecía resuelta por el Tribunal Constitucional [STC 60/2007, de 26 de marzo (LA LEY 10802/2007)] que opta por aquella interpretación que da “preferencia en su aplicación” al art. 265. 1.4º frente al art. 337 ambos de la LEC:

“El juez a solicitud del letrado del actor (que se opuso a la presentación por el demandado de la prueba pericial en el momento de la vista del juicio verbal) consideró que resultaba de aplicación en el caso el art. 337 LEC. Sin embargo, según señala el recurrente en amparo, este precepto no era aplicable, puesto que sólo lo es cuando hay una contestación a la demanda previa al juicio o vista.

En el presente caso, tratándose de un juicio verbal, la norma aplicable es el art. 265.4 LEC de cuya lectura se deduce con claridad que en los juicios verbales el momento hábil para que el demandado aporte los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes relativos al fondo del asunto es el del acto de la vista, en el cual, como queda acreditado, se propuso por el demandado”.

Indudablemente esa aportación del informe pericial en la vista del juicio verbal puede provocar retrasos e incluso la suspensión de la misma –por aplicación del art. 193.1.3º LEC– precisamente en un proceso donde lo que se persigue es la concentración de todos los actos procesales en una vista oral. Con la suspensión de la vista se evitaría que concurra una clara situación de indefensión si la parte contraria no tiene tiempo material de analizar, con carácter previo, el informe presentado y preparar las preguntas que, en su caso, pudiera efectuar al perito emisor del informe, siempre que, claro está, haya sido llevado por la parte adversa al acto de la vista, si no fue así, no cabría tal opción. Por consiguiente, parece que lo más conveniente si seguimos la interpretación de la citada sentencia del Tribunal Constitucional hubiera sido abogar también por la interrupción de la vista por los motivos apuntados.

Sin embargo, la Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal nos ofrece sólo una solución parcial al problema planteado perdiendo así una oportunidad inmejorable para clarificar un confuso ya régimen de la prueba pericial en la LEC. Así, siguiendo el nuevo art. 338.2 LEC: “los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio se aportarán por las partes, para su traslado a las contrarias, con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista, en los juicios verbales con trámite de contestación escrita”.

⁸ En este sentido se pronuncia la SAP Palencia, (Secc. 1ª), nº 317/2005, de 7 de diciembre (LA LEY 237500/2005), interpretando que su aportación al proceso debe ser, en consonancia con el art. 265.4 LEC, el acto de la vista, ya que, de lo contrario, quedaría vacío de contenido este precepto.

Este precepto aclara el anterior 338.2 LEC introduciendo como novedad el siguiente texto: “en los juicios verbales con contestación escrita”. Es decir, cuando se trate del juicio verbal que excepcionalmente tenga prevista contestación escrita, aquí el dictamen pericial deberá presentarse con cinco días de antelación a la celebración del juicio. Sin embargo, este artículo 338.2 ni el art. 337 ambos de la LEC resuelven cuándo se habrá de aportar el dictamen pericial por el demandado cuando estemos ante un juicio verbal sin contestación escrita o, si se prefiere, con contestación oral en la vista. Vuelve pues a plantearse la dicotomía anterior entre presentarlo en la misma vista siguiendo los parámetros del art. 265.1.4 LEC o hacerlo con antelación a la propia vista. En mi opinión, casa mejor con el derecho de defensa la aplicación analógica para estos casos del art. 337.1 LEC en redacción dada por la Ley 13/2009 de la reforma de la legislación procesal y exigir su aportación en los cinco días anteriores a la celebración de la vista del juicio verbal evitando así los inconvenientes de permitir su aportación en el mismo acto de la vista aunque esta interpretación signifique ir en contra de los postulados de la STC 60/2007, de 26 de marzo (LA LEY 10802/2007)] antes citada. Sin embargo, somos conscientes de la más que probable aplicación forense del régimen establecido en la STC de tal manera que en la mayoría de estos supuestos la aportación del dictamen pericial se producirá en la misma vista del juicio verbal.

En cuanto a la admisión de esta prueba por el tribunal creemos excesivamente formalista aquellos supuestos —que hemos efectivamente sufrido en la práctica procesal— en que se inadmite un dictamen pericial en el que no consta que el perito manifieste que ha actuado con objetividad *bajo juramento promesa de decir la verdad*. Es cierto que el art. 335.2 LEC —en relación con el art. 342 LEC— expresamente señala la necesidad de que en el dictamen pericial conste que el perito actúa bajo juramento o promesa de decir la verdad, sin embargo, creemos que la ausencia de esta circunstancia no puede llegar a suponer la inadmisión de la prueba pericial. Esta decisión puede comportar no tener en cuenta en el proceso, quizás, una prueba esencial para su resolución. Además, el perito que sea llamado a ratificar su dictamen en el juicio para poder exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación, deberá actuar en la vista del juicio verbal o en el acto del juicio en el procedimiento ordinario, bajo juramento o promesa de decir la verdad.

B) La tacha de los peritos designados por las partes.

Los peritos designados por las partes no podrán ser recusados, pero podrán ser objeto de tacha (art. 124.2 en relación con los arts. 343 y 344 LEC), por causas similares a las establecidas para los testigos (parentesco, amistad o enemistad, interés en el litigio, etc.). El momento procesal para formular las tachas tiene su importancia práctica, puesto que es preclusivo aunque dependiendo de distintos supuestos. Si se trata de dictámenes periciales que se han aportado con la demanda y contestación en el juicio ordinario, la tacha de los peritos ha de plantearse en la audiencia previa; en el resto de casos, ha de formularse tan pronto sean conocidas, pero siempre antes de que finalice el juicio o la vista en el caso del verbal (art. 343.2). En alguna ocasión se ha planteado la impugnación de la pericial en segunda instancia, con base en el silencio de la sentencia impugnada respecto de la tacha, y ha sido rechazada por haberse formulado tardíamente,

es decir, con posterioridad al momento preclusivo previsto en la LEC (SAP de Baleares, Secc. 3ª, de 26 de marzo de 2003), de ahí la importancia del momento procesal.

Lógicamente no le basta a la parte con la mera exposición de los motivos de la tacha, sino que tiene la carga de proponer los medios de prueba conducentes a esa acreditación, salvo la prueba testifical que en este caso es discriminada (art. 343.2 II LEC). También se habilita al perito objeto de la tacha, en tanto puede menoscabar su consideración profesional, para que pueda solicitar del tribunal que declare, al término del proceso, mediante providencia, que la tacha carece de fundamento (art. 344.1 LEC). En cualquier caso, una vez formulada la tacha y su eventual negación o contradicción, el tribunal la tendrá en consideración y la valorará al apreciar el medio de prueba pericial en el momento de dictar sentencia (art. 344.2), y por tanto no en un momento procesal anterior y *ad hoc*.

C) Posible actuación de los peritos en el procedimiento probatorio.

Puede decirse que la última fase del procedimiento probatorio de los dictámenes periciales aportados por las partes culmina con la posible actuación de los peritos en el juicio o en la vista. Esa posibilidad depende únicamente de las partes, ya que el tribunal no puede acordar de oficio esa intervención, al contrario de lo que sucede con los peritos de designación judicial (art. 346 LEC) lo que ha sido criticado por algunos autores⁹ y si exceptuamos también el supuesto contemplado en el art. 338.2.II LEC para cuando las partes aporten al proceso un dictamen cuya necesidad ha surgido como consecuencia de las alegaciones vertidas en la contestación a la demanda del juicio verbal con este tipo de contestación o por lo alegado y pretendido por el demandado en la audiencia previa al juicio. Aquí, sí que se permite al tribunal acordar la presencia de los peritos en el acto de la vista o en el acto del juicio en los mismos términos que lo preceptuado en el art. 337.2 LEC. Desde luego entre las facultades del tribunal se encuentra la de admitir o no la intervención solicitada por las partes y la de formular preguntas y requerir explicaciones de los peritos, pero sin que tampoco pueda acordar de oficio que se amplíe el dictamen, salvo en los supuestos en que se admite la designación de oficio por el propio tribunal (art. 347.2 LEC)¹⁰. Por el contrario, las

⁹ Así, por ejemplo, V. GIMENO SENDRA y P. MORENILLA ALLARD, *op. cit.*, p. 475. Por su parte V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, con V. MORENO CATENA, 3ª ed., Valencia, 2008, p. 256, ha criticado el hecho de que en unos casos, en conexión con la prueba pericial, el Juez tenga amplios poderes para practicar la prueba de oficio (v.gr. art. 384.1 LEC), a propósito de los instrumentos de archivo, reproducción, etc., o el incidente que se refiere a la ejecución de sentencias de condena al pago de cantidad ilíquida (art. 715 LEC), y en otros no, y ni siquiera se le permita ampliar los dictámenes solicitados por las partes (art. 347.2 LEC). Sobre los problemas de la prueba pericial del juicio verbal puede verse A. PÉREZ UREÑA, "Problemas derivados de la proposición de la prueba pericial en el juicio verbal y vías de solución", en *Práctica de Tribunales*, nº 53, octubre 2008, pp. 5 y ss.

¹⁰ Quizás, esta limitación en cuanto a la posibilidad de que el tribunal pueda llamar a los peritos a ratificar en la vista o en el acto del juicio el dictamen presentado pueda chocar también con el art. 282 LEC que, sin perjuicio del principio de aportación de parte que debe regir en el proceso civil en materia de prueba y que nadie niega, permite al tribunal acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios o instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley. Como ha señalado F.J. FERNÁNDEZ URZAINQUI en AAVV. (*coords. M.A. Fernández-Ballesteros López y J.M. Rifá Soler*), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, 2001, p. 1304:

partes tienen una amplia posible intervención respecto de los peritos (art. 347.1 LEC) pudiendo pedir la exposición completa del dictamen, explicación del mismo o de alguno de sus puntos, respuestas o preguntas u objeciones, sobre método, premisas y conclusiones, respuestas solicitadas de ampliación del dictamen, por si pudiera llevarse a cabo en el momento o si no el plazo para llevarlo a cabo, formular las tachas que pudieran afectar al perito o la crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria. A propósito de esto último se plantea si es viable la posibilidad de que exista un careo entre los peritos, tanto entre los designados por las partes como entre éstos y el de designación judicial. Aunque la LEC no prevea expresamente esta circunstancia, tampoco la prohíbe, por lo que podría ser aplicables analógicamente las previsiones contenidas en la LEC (art. 373) para los testigos, siempre que en tal caso se considerara indispensable y el tribunal lo admitiera. De hecho se están dando en la práctica ese tipo de careos entre peritos y sería conveniente una regulación al respecto en una posible futura reforma¹¹.

2. Dictamen de peritos designados judicialmente.

Aunque de la lectura de la E.M de la LEC y de los arts. 335 y 339 se pueda desprender un cierto carácter residual de este tipo de dictámenes periciales (“también” dice el art. 339.2 LEC), lo cierto es que las partes pueden solicitar este tipo de pericia si lo “entienden conveniente o necesario para sus intereses”, sin perjuicio de que se hayan aportado o no dictámenes de peritos designados por ellas.

A) En cuanto a la solicitud, conviene precisar que, como regla general, sólo se puede acordar este medio de prueba a instancia de parte, salvo los supuestos del art. 339.5 LEC (procesos civiles no dispositivos). Sin embargo, la jurisprudencia menor ha admitido la práctica de este medio de prueba de oficio, fuera de aquellos supuestos, tanto a través de la llamada “tesis” del art. 429.1 LEC, es decir, cuando el tribunal considere insuficientes para el esclarecimiento de los hechos las pruebas propuestas por las partes en la audiencia previa y señale aquéllas cuya práctica considere conveniente (SAP Córdoba, Secc. 1ª, 25 de febrero 2003), y como diligencias finales (art. 435 LEC) si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes y se dieran determinadas circunstancias (SAP Cáceres, Secc. 1ª, 27 de enero 2003), cuando han existido dictámenes extrajudiciales contradictorios¹².

“La fórmula legal, sin suplir la iniciativa probatoria de las partes, permite al tribunal orientarla a fin de evitar, como destinatario final de los resultados probatorios, que a la decisión de la controversia persista sobre hechos controvertidos una incertidumbre previsiblemente superable con la aportación de una prueba adicional o la modificación de la ya propuesta”.

¹¹ La posible aplicación analógica del art. 373 pensada para el careo de testigos y partes a los casos de peritos intervinientes en el proceso puede tener mucha utilidad cuando la decisión del pleito dependa en gran medida de las conclusiones de la pericia y ambos peritajes presentados por ambas partes presenten elementos absolutamente contradictorios que impidan al Juzgador dotar de certeza aquello para lo que se encargó los dictámenes periciales.

¹² Esta interpretación seguiría la línea expuesta anteriormente respecto de la interpretación del art. 282 LEC que faculta al tribunal a acordar de oficio ciertos medios de prueba o que se aporten documentos, dictámenes u otros instrumentos probatorios.

Esta interpretación puede ser discutible si lo que el Juez pretende es sustituir el parecer de los peritos privados por el del designado judicialmente, es decir, si se trata de otorgar mayor valor al dictamen del perito judicial y, frente al deber de valorar los dictámenes de los peritos privados, se desplaza la responsabilidad judicial al perito judicial que en ningún caso ampara la LEC. En otras ocasiones, este recurso puede llegar a constituirse en necesario a la vista de la contradicción que presenta los peritajes aportados por las partes en sus escritos iniciales pero teniendo presente que el dictamen del perito designado judicialmente no debe prevalecer sobre los anteriores y sí arrojar luz sobre las conclusiones aportadas por los dos “peritos de parte”.

En cualquier caso, es el Juez el competente para resolver la solicitud de las partes, sin que esté vinculado por ella, incluso cuando la realicen ambas, y sólo acordará la designación de perito si la considera pertinente y útil (art. 339.2 LEC).

En cuanto al momento de la solicitud la LEC prevé dos posibilidades: en primer lugar, y de ordinario, las partes han de solicitarlo en sus escritos de demanda y contestación (art. 339.1 .II LEC); momento, en principio, preclusivo cuyo incumplimiento dará lugar a su inadmisión de plano (SAP Murcia, Secc. 4ª, 18 marzo 2004) y, como se ha dicho, el Juzgador es soberano para estimarla si la considera pertinente y útil (SAP Burgos, 22 de octubre 2006); en segundo lugar, también puede realizarse la solicitud de dictamen pericial judicial como consecuencia de las alegaciones complementarias formuladas por las partes en la audiencia previa del juicio ordinario (art. 339.3 y 427.4 LEC) o en la vista del juicio verbal (art. 339.3.II LEC)¹³. En estos casos el tribunal solo la acordará si, siendo pertinente y útil el dictamen, ambas partes se muestren de acuerdo con el objeto de la pericia y “acepten el dictamen del perito que el tribunal nombre” (SSAP Salamanca, 12 de mayo 2003 y 10 mayo 2006).

Respecto a este último requisito, no cabe deducir, a nuestro entender, que las partes hayan de mostrarse conformes, de antemano, en aceptar el contenido del dictamen pericial -lo que no sería razonable-, sino que ambas partes se muestren conformes en que el tribunal realice la designación del perito para que emita el dictamen, sin perjuicio de su posible impugnación o discusión en el juicio.

Si además las partes estuviesen de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, el tribunal habrá de acordarlo. En caso contrario, no estando de acuerdo las partes en la designación del perito, éste se designará por el sistema de sorteo (art. 339, 4 y 341 LEC).

¹³ A nuestro juicio, no debe permitirse la solicitud por parte del actor de una designación judicial de perito en el escrito de contestación a la reconvención en el supuesto de que el demandado, junto con la demanda, hubiera interpuesto también la reconvención. O mejor dicho, la designación judicial en este momento procesal deberá denegarse si el objeto de la pericia está relacionado con la pretensión principal porque debería haberse solicitado con el escrito inicial de demanda, ahí pudo pedirlo y no lo hizo, con lo que precluyó su oportunidad. Otra cosa habrá que interpretar cuando la designación de perito judicial en la contestación a la reconvención solicitada por el actor tiene por objeto una pericia relacionada con la pretensión reconvencional, lo que podría encajarla en el apartado II del art. 339.2 LEC.

En sede de juicio verbal hay que distinguir dos situaciones distintas, por un lado que el demandado solicite la designación judicial de perito con diez días de antelación a la celebración de la vista del juicio verbal de conformidad con el art. 339.2 LEC en la nueva redacción según la Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal. De otra parte, también en los juicios verbales con contestación oral podría plantearse la posibilidad de que el demandado pudiera solicitar en el mismo acto de la vista una designación judicial de perito en los términos del art. 339.3 LEC. Parece razonable entender que el demandado, en este instante procesal, pueda hacer esta petición. Nada impide que aporte a la vista algún dictamen de parte, pero quizás quede reforzada su posición con una designación judicial de perito que aunque encarecerá el proceso puede ser conveniente cuando el demandado tenga cierta seguridad en que las conclusiones del informe le pudieran ser favorables. Así pues, si el juzgador entiende como pertinente y útil la designación por el tribunal de un perito que dictamine, se procederá a admitir dicho nombramiento lo que nos abocará irremediabilmente a la suspensión de la vista por aplicación del art. 193.1.4º LEC.

B) Designación, aceptación y posible recusación de los peritos judiciales.

Junto con el sistema de designación del perito judicial de mutuo acuerdo por las partes, menos probable en la práctica, la LEC (art.341) prevé un sistema de designación objetivo a través del azar, de conformidad con unas listas previamente elaboradas por los Colegios profesionales o entidades análogas que se solicitan de los mismos en el mes de enero de cada año. La primera designación de cada lista se realizará por sorteo y a partir de ella se realizarán las siguientes designaciones.

Cuando se trata de designar peritos sin título oficial pero entendidos en la materia, se formularán listas de al menos cinco personas, previa solicitud a los sindicatos, asociaciones o entidades apropiadas, y se procederá a la primera designación y posteriores por el mismo sistema. Puede ocurrir que, por razón de la singularidad de la materia, se disponga de un solo nombre en cuyo caso se requiere el consentimiento de ambas partes y, caso de no obtenerse, no se designará perito a esa persona.

En cuanto al sistema de designación objetivo pueden darse algunos problemas, sobre todo, cuando el tipo de pericia a realizar no esté garantizada por un título oficial en lo que se refiere a la calidad del dictamen, pero en cualquier caso supera y simplifica al anterior sistema por insaculación de los peritos.

Una vez que el perito es designado — téngase en cuenta ahora que siguiendo la Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal, quien comunica al perito su designación en el mismo día en que ésta se haya producido o en el siguiente día hábil a su designación es el Secretario judicial y asimismo le requerirá para la aceptación del encargo —, dispone ahora de un plazo de dos días para aceptar el encargo; si lo rechazara por concurrir alguna de las causas de abstención previstas en la ley (art. 105 LEC) —cuestión que deberá ser valorada también por el Secretario judicial considerando suficiente o no el motivo por el que no acepta—, será sustituido por el siguiente en la lista, si lo acepta formulará el juramento o promesa de decir verdad y deberá actuar con

la mayor objetividad. El perito de designación judicial tiene derecho a una provisión de fondos que se exigirá a la parte o partes que soliciten la pericia, siendo el Secretario judicial quien decide sobre la provisión solicitada mediante decreto (art. 342.3), hasta el punto de que, si esa provisión no se realiza, el perito queda eximido de realizar el dictamen. No se prevé, en cambio, qué ocurre cuando la liquidación final supera la provisión de fondos, ante la ausencia de un procedimiento expedito como el del abogado y el procurador.

Por otra parte, y como ya se ha mencionado; los peritos de designación judicial pueden ser recusados, frente a los de designación de las partes que sólo pueden ser tachados. Aparte de los motivos de recusación específicos (art. 124.3 LEC), le son de aplicación también a los peritos judiciales las causas de recusación previstas en la LOPJ para los Jueces y Magistrados (art. 219 LOPJ, 16 motivos), lo que puede dar pie a que la parte interesada plantee la recusación con la finalidad de dilatar el proceso, dada la amplitud de motivos en que puede basarse. Una vez planteado el incidente de recusación por alguna de las partes (art. 125), el tribunal decidirá (por auto irrecurrible) si estima o no la recusación. En el caso de estimarla, el perito será sustituido de conformidad con el procedimiento establecido en el art. 341 de la LEC.

C) Posible intervención de las partes en las operaciones periciales y de los peritos en el juicio.

Al contrario de lo que sucede con los dictámenes extrajudiciales que se aportan al proceso, las partes pueden solicitar su presencia en las operaciones periciales de los de designación judicial, ya consistan en el reconocimiento de lugares, objetos, personas u otras operaciones análogas y el Juez la acordará, salvo que esa presencia perjudique la labor del perito. A estos efectos, si el Juez admite esta posibilidad, dará orden al perito para que comunique directamente a las partes –con cuarenta y ocho horas de antelación como mínimo-, y el día, hora y lugar donde se llevarán a cabo esas operaciones (art. 345 LEC).

Una vez emitido el informe en el plazo judicialmente señalado, se dará traslado a las partes para que, en su caso, soliciten la presencia en el acto del juicio o en la vista, para su interrogatorio¹⁴. Las facultades de las partes en este acto son las mismas (o mejor, comunes) según lo visto para los peritos extrajudiciales (art. 347 LEC), solo que, en este caso, el tribunal podrá acordar de oficio la intervención del perito (art. 346).

Se ha planteado la posibilidad de establecer normas de certificación de los dictámenes periciales, ya que la LEC no dice nada al respecto. A mi juicio, en este problema ha de distinguirse entre los peritos de designación judicial y los peritos extrajudiciales o de designación de las partes. En el primer caso, el sistema de designación e identificación del perito, de aportación de ese dictamen y la posibilidad de

¹⁴ El traslado del informe del perito de designación judicial a las distintas partes se realiza a través del Secretario judicial (art. 346 LEC según Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal y la implantación de la nueva Oficina judicial).

que intervenga en el juicio, parece hacer innecesarias normas que certifiquen la autenticidad del dictamen.

Distinto es el caso de los dictámenes periciales aportados por las partes en las que, con anterioridad al proceso, no existe ningún sistema de verificación personal del perito y de su dictamen, salvo que se le haga intervenir en el juicio, donde tal verificación podría quedar demostrada. La LEC (art. 336.2) sólo nos dice que dichos dictámenes deberán aportarse por escrito, o acompañados, en su caso, de los demás documentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre el objeto de la pericia. No obstante, de la jurisprudencia menor se deduce que han de aportarse mediante escrito original en el que conste la fecha de su realización, la pericia realizada y los documentos en que se haya basado. De lo contrario, sí el escrito aportado no es ni siquiera original, sino una mera fotocopia, carente de fecha, sin orden lógico en la exposición “nos encontramos ante el documento que no podrá ser tildado de pericial y, por tanto, carecerá de todo valor” (SAP Málaga, Secc. 6ª, 18 de febrero de 2004).

Por otra parte, los problemas de autenticidad de los dictámenes periciales extrajudiciales suelen estar resueltos en algunos casos cuando el perito es titulado y pertenece a un Colegio Profesional (v.gr. Arquitectos), y los dictámenes vengan “visados” por el Colegio¹⁵; otra cuestión sería autenticar los dictámenes de los peritos no titulados o expertos en determinadas materias que no están comprendidas en títulos profesionales oficiales o aquellos donde el Colegio profesional no exija el visado.

III. VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA PERICIAL

En nuestro sistema procesal viene siendo tradicional la sujeción de la valoración de la prueba pericial a las reglas de la sana crítica, tal como establecía la anterior LEC de 1881 (art. 632) y ahora recoge el art. 348 de la LEC vigente.

Por tanto, la valoración del dictamen de peritos viene regida por el principio de la libre valoración de la prueba. Lo contrario convertiría al perito en “Juez de hecho”, cuando en el proceso ese papel corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional. El Juez es, pues, libre de apreciar el dictamen pericial, que no le es vinculante aunque carezca de los conocimientos necesarios para valorar los hechos objeto de análisis.

Ahora bien, como ocurre con otros medios de prueba informados por el principio de libre valoración, tal libertad aparece sometida únicamente a las “reglas de la sana crítica”, esto es, a la lógica o al buen sentido (STC 77/2007, de 16 de abril; SSTs, 22 y 25 junio 2007). Como se recuerda también por la jurisprudencia menor (SAP Murcia, Secc. 4ª, 7 de julio de 2003), la fuerza de los dictámenes periciales reside “en su mayor o menor fundamentación, y razón de ciencia, otorgando por tanto prevalencia y

¹⁵ En ocasiones puede existir un desfase temporal entre la finalización del dictamen por el profesional y su visado por el Colegio correspondiente. En estos casos, no debe haber inconveniente en que se aporte el dictamen en primer término y el visado, una vez obtenido, en el primer momento procesal que se tenga para ello y siempre antes de los momentos establecidos en la Ley como preclusivos.

preferencia a aquellas afirmaciones o conclusiones dotadas de una mayor explicación racional, garantizadora también de una mayor objetividad”. Como señala la SAP de Valencia (Secc. 6ª), Sentencia de 4 de febrero de 2008: “No existen normas legales sobre **la sana crítica** (Sentencias, entre otras muchas, de 10 junio 1992 EDJ1992/6102, y 10 de noviembre 1994 EDJ1994/8963), pues las reglas de la sana crítica no están codificadas y han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana (Sentencia de 14 de octubre de 2000 EDJ2000/35349)”. En cualquier caso el Juez no tiene apenas restricción de carácter preceptivo por la imposibilidad de desarrollar aquella norma en reglas inflexibles, precisas y generales distintas de la prudente y discrecional aplicación de las mismas en cada caso¹⁶.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que existe la exigencia constitucional (art. 24.1 en relación con el art. 120.3 CE) de que el Juzgador motive sus sentencias, lo que aplicado a la prueba pericial significa que motive las razones por las cuales admite o no las conclusiones plasmadas por el perito en su dictamen, de tal manera que si el tribunal de instancia “no explica la desarmonía entre las inequívocas apreciaciones reflejadas en el dictamen y las expuestas en la sentencia existirá un error en la valoración de la prueba”¹⁷ controlable a través de los correspondientes recursos (SSTS, Sala 1ª, 15 de junio 2004, 7 diciembre 2006, 19 febrero y 16 marzo y 16 abril 2007; SAP Barcelona, 9 febrero 2007), es decir, lo que no puede evidenciar la sentencia es la irracionalidad o arbitrariedad en su apreciación de la prueba pericial, en términos que resulte justificada y procedente la revisión del juicio fáctico de instancia.

Por otra parte, y sin perjuicio de las oportunidades procesales que, por regla general, se ponen en manos de las partes para contradecir los dictámenes periciales aportados de contrario, sobre todo, en el caso de los dictámenes extrajudiciales, la no impugnación de contrario tampoco obliga al Juez a vincularse con el dictamen no impugnado o contradicho, aunque sea un dato a tener en cuenta, siempre que la desvinculación venga motivada en atención a la racionalidad y a la lógica. Es más, en la actual legalidad procesal, en que la aportación de los dictámenes periciales con los

¹⁶ La SAP de Lleida (Secc. 2ª), Sentencia de 23 de abril de 2007, señala que: “ (...) los resultados de la prueba pericial pueden ser valorados críticamente por los tribunales de justicia, que de ninguna manera queden vinculados por las conclusiones de esta prueba, debiendo mantenerse la valoración realizada por el tribunal de instancia salvo que sea irracional, absurda, ilógica o inverosímil. En este sentido, reiteradamente viene manteniendo esta Sala que la apreciación valorativa e interpretativa de la prueba pericial es función privativa de los juzgadores de instancia, conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 de la LEC), siendo doctrina constante que, al no ser más que uno de los diversos elementos de juicio, los Tribunales no están obligados a sujetarse al dictamen pericial, pues esta prueba es de libre apreciación por el juzgador, debiendo mantenerse su valoración probatoria salvo que exista error ostensible y notorio en dicha valoración (SSTS 8 y 10-11-94), criterio desorbitado o irracional (SSTS 29-11-93 y 29-1-1995) o conclusiones contrarias a las reglas de la común experiencia, conculcando las más elementales reglas de la lógica (SSTS 25-11-91, 11-10-94, 11-11-96, 9-3-98, 24-7-2000)”.

Sobre las reglas de la sana crítica y su origen puede verse recientemente, E. SAN JURJO RIOS, *La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración*, Madrid, 2013, pp. 242 y ss.

¹⁷ V. GIMENO SENDRA y R. MORENILLA ALLARD, *op. cit.*, p. 479. El sistema y las peculiaridades con que se presenta la prueba pericial en la LEC, requiere la necesidad de motivar suficientemente las sentencias por el tribunal. Sobre este particular A. DÍAZ FUENTES, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 3ª ed., Barcelona, 2012, p. 311.

escritos iniciales es la regla general, el tribunal no debe discriminar los dictámenes periciales en función de su procedencia (aportados por las partes o designados judicialmente) pues ambos tipos de pericias tienen el mismo valor (SAP Teruel, 4 febrero 2003), por lo que han de ser apreciados por igual teniendo en cuenta su minuciosidad y claridad; en definitiva, escogiendo el dictamen cuyo resultado final le resulte al Juez más convincente (SAP Granada, Secc. 3ª, 3 noviembre de 2003).

Sin embargo, en la jurisprudencia menor, sobre todo de las Audiencias Provinciales, no dejan de existir sentencias donde todavía se considera como documento el informe pericial de parte, dando preponderancia a los dictámenes de los peritos judiciales en función de la garantía que representa su nombramiento (SAP de Jaén, Secc. 2ª, 16 de septiembre de 2003), o cuando se sostiene el “irrebatible” superior valor de la pericial judicial frente a las de las partes (SAP Pontevedra, Secc. 3ª, 5 de febrero 2003 y SAP Barcelona, Secc. 13ª, 3 de febrero 2003), aunque no faltan sentencias (aparte de las citadas, SAP León, Secc. 2ª, 29 de mayo 2003) que, en sincronía con el nuevo sistema de la LEC, acierten a valorar en pie de igualdad la pericia privada¹⁸.

Ello no obstante, cuando las partes de común acuerdo apuestan por un dictamen pericial dirimente ante la existencia de dictámenes extrajudiciales contradictorios, a través de la designación judicial de un perito propuesto por ambas partes, la jurisprudencia menor otorga cierta preferencia a éste último, no por así haberlo acordado las partes, sino, “por la mayor independencia que se presume de un nombramiento en el curso del proceso” (SAP Granada, Secc. 3ª, 27 de diciembre 2003).

En definitiva, y como recuerda la jurisprudencia del TS “la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tener por tanto como primer criterio orientador en la determinación de su fuerza de convicción el de conceder prevalencia, en principio, a aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional” (STS, Sala 4ª, 11 de mayo 1981).

A propósito de la valoración de este medio de prueba (también en su admisión o inadmisión) se plantea cual pueda ser la relevancia del *conocimiento privado del Juez*, esto es, la posibilidad de que éste pueda asumir la condición de perito y utilizar sus propios y particulares conocimientos de máximas de experiencia.

Sobre esto cabe decir en primer lugar que, dados los principios que informan el proceso civil, al Juez no le es lícito introducir hechos nuevos que vengan a conformar el objeto del proceso al socaire de utilizar sus propios conocimientos empíricos. A mi juicio, no debe negarse que el Juez pueda utilizar en el proceso los propios conocimientos fácticos generales. Cosa distinta es que esa utilización llegue al extremo de fundar una negativa a la proposición de la prueba pericial. Los saberes particulares del Juez pueden jugar sólo un papel coadyuvante del dictamen pericial y cabe, por

¹⁸ La crítica a otorgar mayor valor a la pericial judicial puede verse también en E. SAN JURJO RIOS, *op. cit.*, pp. 285 y ss.

supuesto, que sirvan para valorarlo, pero no para excluirlo¹⁹. Junto con ello, ha de tenerse en cuenta el derecho a la prueba de las partes y la eventual segunda instancia.

El derecho a la prueba de las partes y otros derechos procesales (v.gr. valorar y contradecir la prueba en las conclusiones del juicio o vista), podrían padecer lesión si la prueba pericial fuese sustituida por una actividad judicial (que se reflejaría en la sentencia) respecto de la cual no cabría recusación y que sería indiscutible dentro de la propia instancia. En segundo lugar, la figura del Juez-perito es incompatible desde el punto y hora que existe una causa de recusación y abstención en la LOPJ (art. 219.6 en relación con el art. 99.2LEC), en virtud de la cual ha de abstenerse o puede ser recusado quien haya sido perito en un litigio y pueda ser Juez en el mismo. De la misma forma, y a contrario sensu, quien es Juez en una causa o litigio no puede ser perito pues en ambos casos se vería afectada su imparcialidad.

En definitiva, lo procedente (como afirma Rifá Soler)¹⁰ es la admisión de la prueba si se dan los requisitos de la ley (art. 283 LEC), ya que el Juez puede ser sustituido por otro antes de finalizar el proceso o no presidir el acto del juicio, y luego, a la hora de valorar la prueba, podrá aplicar sus especiales conocimientos con los límites antedichos y siempre que su valoración se atenga a las reglas de la sana crítica y se motive en la sentencia.

LA PRUEBA PERICIAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. BALANCE CRÍTICO

Resumen: Se hace necesario observar la situación actual de la prueba pericial en el proceso civil tras más de una década de aplicación práctica así como tras las modificaciones legislativas que de algún modo han afectado a este medio de prueba y, en especial, la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. La prueba pericial presenta una regulación un tanto confusa que trata de aclararse a través de un análisis completo del mismo, comenzando con los aspectos generales relacionados con su concepto, así como su naturaleza jurídica, decantándonos por supuesto por la condición de la pericial como auténtico medio de prueba, con esencia propia diferente a la prueba documental y excluyendo la condición del perito como auxiliar del Juez. A continuación, se analiza de forma exhaustiva una de las cuestiones de mayor repercusión práctica en relación con este medio de prueba, su práctica en el procedimiento, partiendo en primer lugar de una clasificación que permite una exposición didáctica más sencilla, distinguiendo entre dictamen de peritos designados por las partes y dictamen de peritos de designación judicial. Desde esta clasificación, se abordan los distintos supuestos ordinarios de aportación del dictamen de peritos en los supuestos ordinarios, esto es, a través de los

¹⁹ Vid. en tal sentido A. DE LA OLIVA SANTOS, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, os *Comentarios*, op. cit., y en su *Derecho Procesal Civil* con I. DIAZ PICAZO, *El proceso de declaración*, 2ª ed. Madrid, 2001, pp. 357 y 358.

¹⁰ J. RIFÁ SOLER, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 597.

escritos alegatorios iniciales de demanda y contestación, también su posible anuncio en estos escritos para su posterior aportación con cinco días de antelación a la audiencia previa al juicio según lo preceptuado en el art. 337 LEC tras la reforma de la Ley 13/2009. Igualmente, las especialidades que comporta la posible aportación de dictámenes periciales como consecuencia de lo alegado por el demandado en la contestación a la demanda o como consecuencia de las alegaciones complementarias realizadas en la audiencia previa al juicio. Por último, se alude a cómo han de ser interpretado este medio de prueba y su aportación, en especial, en los juicios verbales, tanto en aquellos en que la contestación se lleva a cabo de forma oral en la vista como en aquellos en donde, excepcionalmente, cabe contestación escrita previa a la vista del juicio verbal. Finalmente, se especifican aquellos presupuestos que requiere la ratificación del informe por los peritos en el acto del juicio, las posibles causas de tacha o recusación de peritos atendiendo a su distinción entre dictamen de parte y de designación judicial, así como las reflexiones en torno a la valoración de este tipo de prueba por parte del tribunal. Todo el artículo está complementado con la jurisprudencia de interés que requiere cada apartado que permite una mejor comprensión de la aplicación práctica de este medio de prueba.

Palabras clave: Medio de prueba. Pericial de parte. Pericial de designación judicial. Aportación. Ratificación. Tacha. Recusación. Libre valoración.

EXPERT EVIDENCE IN THE CIVIL PROCEDURE LAW. A CRITIC ANALYSES

Abstract: After a decade of practical application and several changes to the rules governing this type of evidence, particularly Law 13/2009, of November 3, reforming procedural legislation for the establishment of the new judicial office, due regard must be paid to the present situation of expert witness evidence. The expert evidence is governed by a somehow confusing number of rules that this paper attempts to clarify through a complete analyses thereof, taking as the starting point the general aspects concerning its concept, as well as its legal nature. It shall be considered as an actual type of evidence, with its own essence, different from that of the documentary evidence, excluding the idea of the expert as an assistant of the Judge. The paper exhaustively analyses one of the most meaningful issues from a practical point view, examination of expert evidence in the proceedings. This analyses starts with a classification that allows to provide a more didactic and simple exposition, drawing the difference between expert reports called by the parties to the proceeding and those requested by the Court. This classification shall allow to approach the ordinary cases in which an expert report is submitted, i.e. together with the claim and the defence forms, as well as the possibility of stating in the mentioned documents the intention of the parties to provide an expert report within the period of 5 days set out in Section 337 LEC after modification of Law 13/2009. Further, the paper outlines the particularities of the submission of expert reports as a consequence of the statements included in the defence by the defendant or the amendments to the statements of case by the plaintiff made in the preliminary hearing phase. The paper also deals with how this type of evidence shall be construed and submitted, especially regarding oral hearings. Finally, the paper examines those

cases where the expert has to ratify the report in the hearing, and the possible causes of report dismissal or expert removal, depending on whether the report is called by the parties or requested by the Court. Also it contains some reflections about the value given by the Court to this kind of evidence. Some significant court rulings with regard to this issue are provided in order to facilitate a better understanding of the practical application of expert witness testimony.

Keywords: Evidence. Expert report called by the party. Expert report called by the Court. Submission. Ratification. Dismissal. Removal. Free valuation.

Artículo recibido: 5.6.2013

Artículo aceptado: 30.9.2013