

LA PRUEBA PERICIAL EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

ESTHER GONZÁLEZ PILLADO

*Profesora Titular de Derecho Procesual
Universidade de Vigo*

INÉS IGLESIAS CANLE

*Profesora Titular Interina de Derecho Procesual
Universidade de Vigo*

SUMARIO: 1.-INTRODUCCIÓN. 2.-LA PRUEBA DE PERITOS. 2.1.-Concepto. 2.2.-Características. 3.-DERECHOS Y DEBERES DEL PERITO. 3.1.-Derechos. 3.2.-Deberes. 4.-RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL PERITO. 4.1.-Responsabilidad civil. 4.2.-Responsabilidad penal. 5.-RECUSACIÓN Y TACHA DE PERITOS: CAUSAS Y PROCEDIMIENTO. 5.1.-Recusación: causas y procedimiento. 5.2.-Tacha: causas y procedimiento. 6.-LAS DOS MODALIDADES DE DICTAMEN PERICIAL. 6.1.-Dictamen aportado por las partes. 6.1.1.-Designación de los peritos. 6.1.2.-Momento de aportación del dictamen. 6.1.3.-Elaboración y forma del dictamen. 6.2.-Prueba pericial practicada por perito de designación judicial. 6.2.1.-Propuesta y admisibilidad de la prueba pericial. 6.2.2.-Procedimiento de designación del perito: a.-Número de peritos. b.-Condiciones de los peritos. c.-Sistemas de designación. d.-Llamamiento del perito. Aceptación del cargo y nombramiento. 6.2.3.-Elaboración del dictamen. 7.-INTERVENCIÓN DEL PERITO. 7.1.-Petición de intervención del perito. 7.2.-Citación del perito. 7.3.-Actuación del perito en el juicio. 8.-VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL.

1.- INTRODUCCIÓN

La prueba constituye una fase esencial del proceso en la que el órgano jurisdiccional debe formar su convicción sobre la veracidad de las alegaciones vertidas por las partes en

el proceso. La prueba es la demostración de la existencia de un hecho o de la verdad de una afirmación, tratando de obtener la convicción psicológica del juzgador respecto a un dato procesal determinado¹.

Ciñéndonos al ámbito del proceso civil, como consecuencia del principio dispositivo y de aportación de parte, son los litigantes quienes deben introducir los hechos y la prueba sobre esos hechos necesitados de prueba, teniendo tal carácter aquellos hechos controvertidos en los que exista discusión entre las partes. La carga de la prueba recae principalmente sobre las partes, valiéndose de los medios de prueba previstos legalmente, si bien, excepcionalmente, el juez puede acordar de oficio alguno de estos medios de prueba a través de las denominadas, hasta ahora, diligencias para mejor proveer, llamadas en la nueva ley diligencias finales, siempre y cuando concurran los presupuestos establecidos legalmente (vid. arts. 340 LEC de 1881 y 435 LEC).

Lo expuesto nos advierte de la importancia de la materia objeto de estudio, puesto que el resultado de esta fase procesal condicionará a la postre la estimación o desestimación de las pretensiones formuladas por las partes. Precisamente en este tema, el legislador ha realizado importantes modificaciones, entre las que merecen ser destacadas en estos momentos la unificación de la regulación en un solo texto legal, la adaptación de los medios probatorios a la actual realidad sociocultural, la regulación de los modernos medios de reproduc-

¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*, (con GIMENO SENDRA y MORENO CATENA), Madrid, 1996, págs. 199 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J.L., , *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, (con MONTE-RO AROCA, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR), Valencia, 2000, págs. 253-254.

Sin embargo, como pone de manifiesto RAMOS MÉNDEZ (*Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1990, págs. 485-488) no existe unanimidad en la doctrina procesalista en torno a los elementos integrantes del concepto de prueba o su finalidad de manera que, si bien es cierto que la prueba tiende a la consecución del convencimiento psicológico del juez sobre la veracidad de las alegaciones vertidas por las partes en el proceso, hay otros elementos que deben tenerse en consideración, y así, por ejemplo, el dato humano, la personalidad del juez, primando la convicción judicial sobre la verdad de las afirmaciones. Además, como apunta este autor, el concepto de prueba trasciende al proceso debiendo considerarse que si la prueba es una actividad de comprobación o de verificación, lógicamente se debe haber seguido un camino para llegar a alcanzar el conocimiento de lo que luego se afirma como cierto. Este camino se denomina *heurística* y se define como la disciplina o método tendente a la averiguación preprocesal de los hechos en vista a su ulterior afirmación en los autos y consiguiente fijación a través de la prueba, actividades de investigación que aunque excluidas del concepto de prueba procesal, no cabe duda que resultan de atención preferente para la eficacia práctica de la prueba y su éxito en el proceso. Se ha intentado también una construcción doctrinal que aglutine todos estos elementos, definiéndose de esta manera la prueba como la actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción del juez. Finalmente, GUASP (*Estudios jurídicos*, Madrid, 1996, págs. 393-394) distingue entre la prueba procesal y la prueba civil o prueba material que, a diferencia de la primera, a la que le confiere la finalidad de conseguir la convicción psicológica del juzgador sobre los hechos aportados al proceso, es la que tiende a producir en el desarrollo normal de las relaciones jurídicas convicciones o creencias de tipo objetivo aptas para la satisfacción de las exigencias del tráfico jurídico, extrayendo a continuación importantes consecuencias de esta distinción en orden al régimen de las mismas por la *lex fori* o la *lex causae*.

ción del sonido y la imagen, la posibilidad de asegurar y anticipar la prueba y la supresión de importantes limitaciones probatorias².

La prueba pericial no ha resultado ajena a este proceso remodelador hasta el punto de que se ha configurado en unos términos tales que nos llevan a dudar incluso de su naturaleza y definición como un auténtico medio probatorio, debiendo cuestionarnos quizás si la nueva regulación supone un paso adelante o, por el contrario, lo conveniente hubiera sido optar por un modelo distinto que, superando las deficiencias de la anterior regulación legal, la respetase en líneas generales, en la medida en que quizás de ese modo se evitarían muchas de las incoherencias a que la nueva ley da lugar, tal y como trataremos de mostrar en el examen que proponemos.

2.- LA PRUEBA DE PERITOS

2.1.- Concepto

La prueba pericial o dictamen de peritos es un medio de prueba en virtud del cual una persona con conocimientos especializados o técnicos que el órgano jurisdiccional no tiene, pero ajena al proceso, los aporta al mismo para que el juez pueda valorar mejor la naturaleza de los elementos o hechos de prueba, sin olvidar que esa prueba debe referirse precisamente a conceptos, juicios y máximas de experiencia propias de un saber especializado³. Por tanto, la

² Vid. para un mayor conocimiento del tema, FONT SERRA, E., *La prueba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, “La Ley”, t. III, 1998, págs. 1805 y ss.; GÓMEZ DE LIAÑO, F., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Noticia sumaria de un nuevo orden procesal)*, Oviedo, 1999; MORENO CATENA, V., *Algunos problemas de la prueba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en “El proceso civil y su reforma”, Madrid, 1998, págs. 297 y ss.; PICÓ I JUNOY, J., *La prueba en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, “La Ley”, t. III, 1999, págs. 1827 y ss.

³ Las máximas de experiencia son, siguiendo a STEIN (*El conocimiento privado del juez*, (Traducción de De la Oliva Santos), Madrid, 1990, pág. 22), “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”.

A su vez SERRA DOMINGUEZ (*El recurso de casación*, en “La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”, Madrid, 1993, págs. 259 a 264) diferencia distintas clases o categorías de máximas de experiencia: 1) Las máximas de experiencia probatorias, bien incidiendo en la carga probatoria, bien en la valoración de los medios de prueba, bien en la formación de la presunción; 2) las que permiten la valoración jurídica de determinados hechos, tales como los determinantes de la existencia de culpa o causa lícita o ilícita en los contratos; 3) las que contienen standards jurídicos, completando las normas jurídicas que se remiten a las reglas de la vida a través de juicios de valor del órgano jurisdiccional, tales como la diligencia de un buen padre de familia o la moral y el orden público; 4) y, por último, las máximas de experiencia que se utilizan en la interpretación de los negocios jurídicos.

Finalmente, coincidimos con GARCIAINDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Pamplona, 1999, pág. 186) en que cuando “una persona media normal –entendida en unas

función del perito es precisamente esa, la de aportar dichos conocimientos en razón fundamental a la circunstancia de que por su profesión, por su pericia o por su experiencia, esté en posesión de tales elementos de conocimiento que precise el órgano jurisdiccional para poder resolver o apreciar los hechos o algún hecho de influencia en el pleito⁴.

El fundamento pues de la intervención de los peritos en el proceso no es otro que la necesidad surgida en el mismo de unos conocimientos especializados que el juez precisa para llevar a cabo su función y esta necesidad es la que concreta la función y el objeto de su intervención en el proceso, articulándose por medio de la prueba pericial⁵.

En este sentido, la prueba de peritos se menciona entre los diferentes medios de prueba tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 como en la nueva ley procesal civil (arts. 578.5 y 610 a 632 y 299.4 y 335 a 352, respectivamente), y hasta ahora en los arts. 1242 y 1243 Cc., si bien estos últimos han sido derogados por la disposición derogatoria segunda de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Debemos considerar no obstante que estamos ante un particular medio de prueba pues- to que, como dice GARCÍANDÍA GONZÁLEZ además de la función probatoria que el perito debe desempeñar en el proceso cuando actúa sobre los hechos, subsumiéndolos en las máximas de experiencia que él incorpora, en otras ocasiones el perito proporciona simplemente estas máximas de experiencia, supliendo la falta de conocimientos especializados del juzgador, supuesto en el cual actúa como un mero auxiliar del órgano jurisdiccional sin cumplir estrictamente la finalidad probatoria⁶.

concretas coordinadas temporales y espaciales- no puede derivar la máxima de experiencia que se precisa en un supuesto determinado, por quedar su inducción limitada a una pocas personas capaz de llevarla a cabo, o no está facultada para aplicar una máxima de experiencia con la pericia y precisión que esta labor requiere, podremos decir que, aunque solamente sea por extensión, nos hallamos aquí ante una máxima de experiencia de carácter especializado. En conclusión, optamos por hablar de máximas de experiencia científica, técnica, artística o práctica, señalando con estos términos al ámbito limitado en que tuvo lugar la experiencia de la que surgieron, subrayando su carácter especializado en relación a su aplicación a los hipotéticos supuestos que puedan surgir, y tildando de peritos a las personas que, capaces de su inducción o posterior aprehensión, pueden proporcionar dichas máximas”.

⁴ GÓMEZ COLOMER, J.L., *El nuevo...*, op. cit., pág. 311.

⁵ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación...*, op. cit. págs. 183 y ss.

⁶ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ (*La peritación...*, op. cit., págs. 225 a 227). En el mismo sentido ya GUASP (*Estudios...*, op. cit., pág. 417) advertía del error en que incurrieran quienes eran partidarios de conceptualizar a la prueba pericial como un medio de auxiliar al juez, considerando tal cometido como algo contrapuesto a la finalidad propia de los medios de prueba. Para este autor es precisamente la especialidad de este medio de prueba el que induce a dudar sobre su cualificación como tal, pero que, al fin y al cabo, el perito presta su declaración en el proceso y es examinado por el juez de manera análoga a la del testigo, de modo que la diferencia en realidad entre ambos medios probatorios estriba en que los datos sobre los que presta su declaración el testigo no eran procesales en el momento de su observación y los del perito ya tienen esta consideración en el momento en que cumple con el encargo judicial.

Por tanto, su naturaleza de medio de prueba, cuyo cometido es el auxiliar al juez en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, parece incuestionable. Sin embargo, a la luz del sistema diseñado por la nueva ley nos asaltan ciertas dudas en la medida en que se permite a las partes optar entre la aportación de dictámenes periciales elaborados por peritos designados por ellas mismas o bien solicitar al juez la designación de un perito para que emita el dictamen dentro del proceso, sistema este último que garantiza, al menos, en línea de principio, la imparcialidad del experto, esencial para que éste pueda desempeñar su cometido de auxiliar al juez con objetividad⁷. A partir de este dato debemos reconsiderar la actual regulación de la prueba pericial hasta el punto de preguntarnos si no se habrá desnaturalizado este medio de prueba⁸, al presentarse los informes periciales como informes de parte con los escritos iniciales de alegaciones, convirtiéndose prácticamente en un medio de prueba preconstituido que, lejos de auxiliar al juez en su función, le causa desconcierto y dudas a la hora de tener que optar por un informe u otro, generalmente, contradictorios, en una materia en la que se encuentra prácticamente huérfano de conocimientos⁹. Este es quizás uno de los principales escollos de la nueva regulación que difícilmente se puede salvar, como veremos, con la tacha de los peritos sospechosos de parcialidad o, en última instancia, con la exigencia de responsabilidad en los términos que el vigente ordenamiento jurídico permite.

2.2.- Características

La prueba pericial es un medio de prueba de naturaleza personal, puesto que es una persona, el perito, quien dictamina e informa al juez. Consiguientemente, resulta esencial discernir entre el perito y sus conocimientos técnicos y especializados, fuente de la prueba, y el informe o dictamen que prestará en el proceso a través del procedimiento establecido para ello, medio de prueba¹⁰.

Por su parte para FONT SERRA (*El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, 2000, págs. 37 y ss) la prueba mediante dictamen de peritos es un medio de prueba *sui generis* con puntos de contacto y afinidades con los demás medios de prueba y, a la vez, con peculiaridades que la especifican.

⁷ Esto es así porque, como veremos, la recusación es posible únicamente para los peritos designados judicialmente, mientras que los presentados por las partes sólo pueden ser objeto de tacha, que será tenida en cuenta, en su caso, en el momento de la valoración de la prueba.

⁸ Y ello pese a que la propia Exposición de Motivos de la Ley (apdo XI) se inclina “coherentemente” por entender que el dictamen de peritos es un medio de prueba.

⁹ Advierten de este peligro, entre otros, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación...*, op. cit., págs. 361 y ss. y PICÓ I JUNOY, J., *La prueba...* op. cit., págs. 1826 y 1833 y ss. Ambos se muestran partidarios de mejorar la regulación actualmente vigente en vez de optar por el nuevo sistema proyectado legalmente, postulando su supresión.

¹⁰ Como afirma GUASP (*Estudios...*, op. cit., pág. 409) “medio de prueba es todo aquel elemento que sirve de una manera u otra para convencer al juez de la existencia o inexistencia de un determinado dato procesal. El medio es, pues, sea cual sea la naturaleza del mismo, un instrumento, algo que se maneja para contribuir a mantener la finalidad específica de la prueba procesal”.

Concretamente, en lo que respecta a las personas que pueden ser peritos, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que la intervención como perito es incompatible con la condición de juez en el mismo proceso y con la posición de parte. Perito es pues un tercero, o sea, una persona ajena al proceso, que posee unos conocimientos técnicos especializados, con o sin título profesional, y que los lleva al proceso tras haberlos aplicado a los hechos u otros elementos objeto de la prueba.

El perito, por tanto, no tiene que haber presenciado los hechos, no es llevado al proceso por ello, y en eso se diferencia del testigo, si bien, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil nos encontramos con una figura híbrida “el testigo-perito”, quien testificará sobre hechos pasados en los que haya intervenido o de los que haya tenido conocimiento por referencia, admitiéndosele en este sentido las manifestaciones que se deriven de los conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos que posea sobre la materia, aunque en relación a tales manifestaciones las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de las circunstancias de tacha peritos, poniendo de este modo sobre aviso al juez o tribunal de la posible parcialidad de su declaración (art. 370 LEC)¹¹.

En consecuencia, el testigo-perito es la persona que interviene en el proceso emitiendo declaraciones sobre hechos que ha podido conocer en razón de sus conocimientos especializados¹². Así, en la declaración del testigo-perito se puede diferenciar, de un lado, su declaración sobre los hechos (que sería la declaración propiamente testifical) y, de otro, sus manifestaciones sobre aspectos técnicos, artísticos o prácticos en torno a los hechos declarados (esto es, el dictamen pericial).

En segundo término, puede ser tanto una persona física como jurídica (art. 340.2 LEC que se refiere también a “las Academias e Instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia”)¹³.

En tercer lugar, el perito, es traído al proceso exclusivamente por su preparación artística, científica o técnica sin que tenga importancia el modo de adquisición de sus conocimientos, ni siquiera que tenga o no un título oficial que le faculte para ejercer la profesión,

¹¹ Con ello se pretende que tengan entrada en el proceso los informes técnicos de los profesionales de que las partes se hayan valido antes de que se suscitase el conflicto que dio lugar al proceso, incursos en la causa de tacha de peritos prevista en el número 3 del art. 343 de la nueva LEC, a saber, “estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores”.

¹² FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos...*, op. cit., pág. 175.

¹³ Destaca GARCÍANDIA GONZÁLEZ (*La peritación...*, op. cit., pág. 360) el acierto del legislador al permitir la realización de la actividad pericial no sólo a organismos oficiales (“Academias, Colegios o Corporaciones”) sino también a otro tipo de instituciones culturales o científicas (constituidas incluso con carácter privado) que se ocupen del estudio de determinada materia.

aunque la ley prefiera lógicamente a los titulados (art. 340.1 LEC). En principio, hay tantos peritos como profesiones existen, excluyendo obviamente a las jurídicas. Perito es, en efecto, la persona que, sin ser parte, emite declaraciones sobre datos que habían adquirido ya índole procesal en el momento de su observación; estas dos circunstancias son las que diferencian la prueba pericial de la confesión o interrogatorio de las partes, según la terminología que emplea la nueva ley procesal, y de la prueba testifical¹⁴.

Otra característica de la prueba pericial es que para que sea admisible debe ser necesaria para formar la convicción judicial, porque el legislador condiciona su admisibilidad precisamente a que para apreciar algún hecho de influencia en el pleito sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos, de manera que si no fuere así el juez debería decretar la inadmisión del medio de prueba propuesto por las partes (art. 335 de la nueva LEC). Por tanto, si el juez ya posee esos conocimientos técnicos especializados no es necesaria la prueba pericial y deberá inadmitirla.

En lo que respecta a la posibilidad de que el juez decrete este medio de prueba de oficio, en el régimen que contempla la LEC 1/2000, de 7 de enero, pocas son a nuestro juicio las probabilidades de que esto suceda en el caso de que faltándole tales conocimientos las partes no hayan propuesto este medio de prueba, ya que se supedita a que las pruebas que se solicitan por las partes no hayan podido proponerse en tiempo y forma por las mismas o a las que propuestas no pudieron practicarse por causas ajenas a la parte solicitante o, finalmente, si se refieren a hechos nuevos o de nueva noticia, si bien, excepcionalmente, el tribunal de oficio podrá acordar que se practiquen otros medios de prueba referentes a hechos relevantes cuando los actos de prueba no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos (art. 435 de la nueva LEC) ¹⁵.

¹⁴ GUASP, J., *Estudios...*, op. cit., pág. 416.

¹⁵ Como ponen de manifiesto DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS (*La prueba de oficio en el nuevo proceso civil*, "La Ley", t. V, 1998, págs. 1786 y ss.) y ROMERO REY (*Las diligencias finales de prueba en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, BIMJ, núm. 1857, 1999, págs. 9 y 15 y ss.), la aplicación estricta del principio dispositivo y de aportación de parte lleva como consecuencia inmediata el que se atribuya la iniciativa probatoria, casi en exclusiva, a las partes, hasta el punto de que las diligencias finales, en principio, sólo podrán acordarse a instancia de parte, aunque, excepcionalmente, el juez las pueda acordar de oficio en relación a hechos alegados por las partes siempre que éstas no sean culpables de la práctica incompleta o insatisfecha de dichas pruebas. La solución que se propone legalmente no resulta plenamente satisfactoria ya que cercena prácticamente las posibilidades de que el juez acuerde prueba de oficio y, como afirma DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS (*La prueba...*, op. cit., pág. 1789), el problema no debiera radicar en que el juez o Tribunal pueda acordar de oficio la práctica de diligencias probatorias, sino que, lo único que debe evitarse es que a través de estas facultades se pueda sustituir la desidia, inactividad o pasividad de los litigantes, lo que se evitaría con otros mecanismos tales como el establecimiento de un plazo para el acuerdo y posterior práctica de dicha diligencia, exigiendo la motivación de la resolución en que se acuerde, articulando un recurso contra ella, no permitiendo el conocimiento privado del juez en orden a la aportación de la prueba... En suma, se trata de que los principios procesales no actúen, como

3.- DERECHOS Y DEBERES DEL PERITO

3.1.- Derechos

El perito tiene el derecho básico de cobrar honorarios por la elaboración del dictamen, conforme al arancel correspondiente, en su caso. El tema se resuelve de manera satisfactoria en la nueva regulación del proceso civil ya que, frente a la situación anterior, se prevé, de un lado, quién deberá abonar los honorarios del perito designado por el juez y, de otro, la necesidad de que se realice provisión de fondos al perito nombrado. De esta forma se resuelve el problema práctico de la “adecuada y tempestiva remuneración de los peritos” (Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, apdo XI).

De esta forma, el dictamen que emita el perito de designación judicial será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que se pueda acordar posteriormente en materia de costas (art. 339.2.1º LEC). Cuando ambas partes lo hubieran pedido inicialmente, el juez podrá designar, si se muestran conformes, un único perito que emita el informe solicitado. En tal caso, el abono de los honorarios del peritos corresponderá a ambos litigantes por partes iguales, sin perjuicio de lo que pudiera acordarse en materia de costas (art. 339.2.3º LEC). Por tanto, de acuerdo con el art. 241 LEC, las costas y gastos del proceso se irán pagando a medida que se vayan produciendo; todo ello sin perjuicio del derecho que le asiste de repercutir esos gastos en la parte contraria, una vez firme la resolución judicial que ponga fin al proceso a través del procedimiento de apremio, previa su tasación¹⁶.

En lo que se refiere a la provisión de fondo, ésta podrá ser solicitada, a cuenta de la liquidación final, por los peritos de designación judicial en el plazo de los tres días siguientes a su nombramiento. El tribunal decidirá sobre la provisión solicitada y ordenará a la parte o partes que hubieren propuesto la prueba pericial y no tuviesen derecho a la asistencia jurídica gratuita, que procedan a abonar la cantidad fijada en la cuenta de Depósitos y Consignaciones del tribunal en el plazo de cinco días. Transcurrido dicho plazo si no se hubiere procedido al depósito, el perito quedará eximido de emitir el dictamen (art. 342.3 LEC).

concluye este autor, “con exclusividad, sino en acertada coexistencia, combinados en la proporción que exija el orden jurisdiccional de que se trate y el lugar y el momento histórico en que nos encontremos”. En el mismo sentido se pronuncia PICÓ I JUNOY, (*La prueba...*, op. cit., pág. 1827) añadiendo como cautelas la imposibilidad de que el juez pueda utilizar fuentes probatorias distintas a las que consten en los autos y la necesaria intervención de las partes en la práctica de la prueba practicada a iniciativa del juez.

¹⁶ La minuta del perito que se presente para la tasación de costas puede ser impugnada por la parte condenada en costas, en ese caso se le dará audiencia al perito por plazo de cinco días y de ratificarse en su petición se pedirá informe al Colegio respectivo. El Secretario Judicial a la vista de lo actuado mantendrá la tasación realizada o introducirá las modificaciones que deban hacerse, remitiéndolo al órgano jurisdiccional para que resuelva, lo que proceda, sin ulterior recurso (art. 245.2 LEC).

En cuanto a los peritos designados por cada una de las partes hay que entender que se establece una relación privada, de tal forma que serán ellas las que paguen los honorarios al perito y, en su caso, la correspondiente provisión de fondos

Por último, para los supuestos en que los litigantes gocen del derecho de asistencia jurídica gratuita, según el art. 6.6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, modificado por la disposición final decimoquinta de la nueva LEC¹⁷: “El derecho de asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones: 6. Asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones Públicas. Excepcionalmente y cuando por inexistencia de técnicos en la materia de que se trate, no fuere posible la asistencia pericial de peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones Públicas, ésta se llevará a cabo, si el juez o tribunal lo estima pertinente, en resolución motivada, a cargo de peritos designados de acuerdo a lo que se establece en las leyes procesales, entre los técnicos privados que correspondan”.

La redacción de este precepto pone de manifiesto la existencia de importantes desigualdades entre la parte que goce del derecho de asistencia pericial gratuita y la que disponga de recursos económicos suficientes para litigar:

En efecto, en primer lugar, según el sistema diseñado por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita si el justiciable es beneficiario de dicho derecho tan sólo se permite la asistencia pericial gratuita una vez iniciado el proceso y sin que pueda elegir la persona que deba efectuar el dictamen¹⁸.

En segundo término, el legislador prefiere a los técnicos públicos o dependientes de las Administraciones Públicas a los privados y sólo en su defecto se podrá acudir a técnicos privados, sin que los primeros puedan negarse a realizar la pericia requerida según se deriva de la posibilidad única de acudir a peritos privados “por inexistencia de técnicos públicos en la materia de que se trate”. Pero puede suceder que el cumplimiento del encargo

¹⁷ La modificación consiste en que se sustituye la referencia al procedimiento de designación judicial de los peritos por insaculación, por el que se prevea en las leyes procesales, lo que es muy de agradecer y resulta acorde con el carácter y vocación universal de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Vid. en este sentido GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *Algunas cuestiones relativas a la asistencia pericial gratuita*, RDP, núm. 1, 1998, pág. 137.

¹⁸ PICÓ I JUNOY, J., *La prueba...*, op. cit., pág. 1833. Como solución propone GUERRA SANMARTÍN (*La prueba pericial gratuita*, “La Ley”, t. II, 1999, pág. 2021), haciéndose cargo de los inconvenientes que supone para la parte el que sea un técnico público designado por la propia Administración Pública el que realice la pericia, que la parte renuncie a su derecho a la prueba pericial gratuita, solución admisible en la medida que la ley de Asistencia Jurídica Gratuita no lo prohíbe expresamente, teniendo en cuenta además que no se ve comprometido el orden público y no se le causa perjuicio a tercero.

judicial se vea imposibilitado por causas tan simples como la ausencia de medios técnicos o la carencia de tiempo para llevar a cabo la peritación, lo que sumado a la falta de una sanción específica para el caso de incumplimiento y la no previsión de provisión de fondos, lleva a concluir que no serán pocos los casos en que se rehuse el peritaje¹⁹. Además, no sería extraño que incluso los técnicos privados se negasen a realizar el peritaje, teniendo en cuenta el sistema previsto para el cobro de honorarios en los arts. 38 y 39 del Reglamento que desarrolla la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, los cuales exigen con carácter previo a la realización de la pericia una previsión del coste de esa prueba y su remisión a la correspondiente Gerencia del Ministerio de Justicia para su aprobación. La previsión quedará aprobada si en el plazo de un mes no se formula reparo por parte de la Gerencia Territorial correspondiente, lo que genera obviamente inseguridad para el técnico que deberá realizar la peritación sin saber si los gastos serán asumidos y abonados por la misma²⁰. No obstante, creemos que con la nueva Ley no le será posible al técnico privado renunciar al encargo judicial el cual es obligatorio, ya que la inclusión en la lista que el Colegio respectivo remite a los órganos jurisdiccionales para proceder a la designación judicial de peritos es potestativa y depende exclusivamente de la voluntad de los colegiados (art. 341.1 LEC). Con todo, no será extraño que muchos de ellos al solicitar su inclusión en la referida lista, no sean conscientes de que puedan encontrarse en esta incómoda situación.

3.2.- Deberes.

El *deber* primordial de los peritos es el de elaborar y emitir el dictamen correctamente, es decir, aplicando científicamente los conocimientos profesionales y que se requieren para el caso concreto, deber que no se expresaba en la ley anterior (simplemente se aludía a que emitiesen el dictamen “bien, fielmente” y dentro del plazo establecido por el juez) pero que se recoge en la nueva ley procesal en la que se alude a la obligación de prestar juramento o promesa de decir verdad y de actuar con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que pueda perjudicar a cualquiera de la partes (art. 335.2 LEC) y que se deriva también del régimen de responsabilidad que examinaremos con detenimiento a continuación. Para ello tienen la obligación previa de comparecer en juicio y así, acto seguido, jurar o prometer decir verdad, indicando que va a actuar o que ha actuado con la mayor objetividad posible, manifestando que conoce las sanciones penales previstas para el caso de incumpliendo de este deber²¹.

De esta forma, una vez designado el perito por el juez y hecho el correspondiente llamamiento, tiene obligación de comparecer para aceptar el cargo, salvo que concurra justa

¹⁹ GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P. M., *Algunas cuestiones...*, op. cit., pág. 135.

²⁰ GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P. M., *Algunas cuestiones...*, op. cit., págs. 138 y ss.

²¹ GÓMEZ COLOMER, J.L., *El nuevo...*, op. cit., pág. 317.

causa que deberá ser alegada en ese momento (art. 342.2 LEC). Solamente cuando el motivo de la causa sea aceptado por el juez, quedará el perito relevado de su obligación de aceptar el nombramiento.

Por último, no siempre será necesario proceder a la ratificación posterior del dictamen pericial presentado puesto que la presencia del perito en el juicio queda al criterio del órgano judicial, pudiendo hacer peticiones en ese sentido las partes (arts. 337.2 y 346 LEC), si bien, el órgano judicial puede acordar en todo caso mediante providencia que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado (art. 346 LEC).

En estos casos, cuando se considere necesaria la intervención del perito, éste estará obligado a comparecer en el día señalado para la celebración del acto del juicio en el procedimiento ordinario o la vista del juicio verbal²², salvo que le resulte imposible por causa mayor u otro motivo de análoga entidad, en cuyo caso deberá manifestarlo así al juez (art. 183.1 LEC). Si el juez acepta la excusa, decidirá, previa audiencia de las partes, si deja sin efecto el señalamiento del juicio o de la vista y efectúa otro nuevo, o si cita al perito para la práctica de la actividad probatoria fuera del juicio o vista (arts. 183.4 y 430 LEC).

Por el contrario, si el juez no considera debidamente acreditada o suficiente la excusa del perito, mantendrá el señalamiento del juicio o vista y se lo hará saber a través de la correspondiente notificación, al tiempo que le requiere para comparecer, bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad judicial (arts. 183.4 y 292 LEC).

A esto se añade además que si el juez, en el momento de resolver sobre la suficiencia de la excusa del perito aprecia que éste actuó con dilación injustificada o sin fundamento, podrá imponerle una multa de hasta cien mil pesetas (art. 183.5 LEC).

4.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL PERITO

El perito judicial puede incurrir en responsabilidad civil o penal, al margen de la responsabilidad disciplinaria, que pudiera resultar exigible.

²² A este respecto el art. 292 LEC establece lo siguiente: "Los testigos y los peritos citados tendrán el deber de comparecer en el juicio o vista que finalmente se hubiese señalado. La infracción de este deber se sancionará, previa audiencia por cinco días, con multa de treinta mil a cien mil pesetas. Al tiempo de imponer la multa a que se refiere el apartado anterior, el tribunal requerirá, mediante providencia, al multado para que comparezca cuando se le cite de nuevo, bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad".

4.1.- Responsabilidad civil

La responsabilidad civil es toda obligación de satisfacer, por quien la deba o por otra persona, cualquier pérdida o daño que se hubiera causado a un tercero porque así lo exija la naturaleza de la convención originaria, se halle determinado por ley, previsto en las estipulaciones de un contrato, o se deduzca de los hechos acaecidos, aunque en la realización de los mismos no hayan intervenido ni culpa ni negligencia del obligado a reparar. La responsabilidad implica el sometimiento a la reacción jurídica frente al daño. La finalidad de esa reacción, que equivale a la represión del daño, se logra por el Derecho transfiriendo el peso del daño a sujeto distinto del perjudicado; este otro sujeto está obligado a soportar la reacción jurídica, independientemente de su voluntad y la situación en la que se encuentra representa, precisamente, la responsabilidad²³.

En este ámbito el perito será responsable de los daños que, por falta de la diligencia que le es exigible en la realización de un peritaje, su actuación cause a las partes o a los terceros. Se trata de los supuestos en que los perjuicios sean consecuencia de la culpa, negligencia o ignorancia inexcusable en el reconocimiento o en el acto de emisión del dictamen. Estamos pensando en la pérdida del objeto confiado para el examen o el deterioro del mismo, la realización del reconocimiento sin el debido cuidado o la elaboración del dictamen incurriendo en error manifiesto o inexcusable.

Para exigirle responsabilidad civil al perito judicial debemos decidir en primer lugar ante qué tipo de responsabilidad civil nos encontramos: ante la responsabilidad contractual del art. 1101 Cc., o ante la extracontractual del art. 1902 Cc. Siguiendo a la opinión dominante²⁴, la responsabilidad civil del perito se acomoda más bien al régimen de responsabilidad extracontractual ya que con la aceptación del encargo judicial no se genera ningún tipo de relación jurídica entre el perito y las partes, no siendo posible que las partes exijan la reparación del daño causado con base en la celebración de un contrato inexistente²⁵.

²³ MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *La responsabilidad civil profesional de los teleinformáticos, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos-peritos, médicos, médicos-peritos y de los peritos judiciales en general. Especial estudio de la responsabilidad civil de médicos, administradores, consejeros de sociedades mercantiles y de los abogados*, Madrid, 1999, pág. 26.

²⁴ Vid. GARCANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación...*, op. cit., pág. 238.

²⁵ Sin embargo con la nueva regulación esto puede resultar más que dudoso en los casos en que las partes acompañen a sus alegaciones los informes periciales, si bien, teniendo presente que se trata de salvaguardar su imparcialidad y objetividad con el sistema de tacha de peritos y con la sujeción al encargo judicial, parece que hay razones que permiten sostener esta solución, las mismas que permiten salvaguardar la naturaleza de la prueba pericial. Con todo, como pone de relieve GARNICA MARTÍN (*La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Problemas de derecho sustantivo y procesal*, P. J., núm. 50, 1998, págs. 317 y ss.), teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo conocida como “doctrina de la unidad de la culpa civil”, a efectos prácticos, resulta irrelevante si tal responsabilidad se fundamenta o no en la existencia de una previa relación contractual, porque, en palabras del Tribunal Supremo, “cuando un hecho dañoso es violación de una obligación con-

Pero la verdadera dificultad radica en la prueba del ilícito cometido y en la causa de ese ilícito para exigir la correspondiente responsabilidad²⁶. En el caso concreto que estamos examinando es necesario, además, que ese dictamen emitido por el perito judicial haya sido asumido por el juez para resolver un punto litigioso, entonces, sólo cuando se pueda demostrar que ese ilícito ha influido en la convicción judicial, se puede derivar responsabilidad para el perito judicial. La parte perjudicada por esa decisión judicial será la efectivamente dañada por el dictamen pericial y deberá demostrar, primero, la influencia que ha tenido ese dictamen irregularmente ejecutado en la decisión judicial y, segundo, que de esa convicción judicial se ha derivado el perjuicio para él, supuesto en el que dispondrá de una acción de responsabilidad civil o de resarcimiento del daño producido.

La prueba del daño causado al litigante que alegue la responsabilidad del perito exige demostrar que precisamente por ese dictamen se ha producido el quebranto en los intereses del litigante vencido, salvo que expresamente se alegue y así se demuestre en un juicio, que si el dictamen no fuere como fue, la resolución desestimatoria de su pretensión no se hubiere dictado. Debe tenerse en cuenta que la valoración libre del juez dificulta aún más la tarea de demostrar el nexo de causalidad existente entre el daño causado al litigante vencido y la importancia determinante del dictamen pericial incorrectamente elaborado o emitido en la decisión judicial causante de ese menoscabo²⁷.

Simplemente apuntalar todo lo dicho con una STS de la Sala Primera de fecha 16-10-1985 que establece las siguientes conclusiones en la línea que hemos referido anteriormente:

1) Las facultades de libre apreciación judicial de la prueba pericial no eximen de la responsabilidad del perito que emite el dictamen que ha de actuar de acuerdo con su leal saber y entender y con la diligencia de un buen profesional del oficio de que se trate, sometido por ello a la *lex artis*, sin incurrir en dolo o negligencia en la emisión del dictamen.

tractual y al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible” (STS de 28 de junio de 1997, RA 5151). Por muy criticable que sea esta orientación jurisprudencial, como evidencia este autor, lo que pretende el Alto Tribunal es solucionar situaciones en que la calificación del supuesto concreto como de responsabilidad contractual o extracontractual resulta dudosa, por lo que en tal sentido debe valorarse positivamente, aunque, lo cierto es que el camino debiera ser otro. En tal sentido GARNICA MARTÍN se muestra claramente partidario de discernir entre ambos regímenes de responsabilidad, reduciendo al máximo la zona de conflicto o de duda en la calificación, considerando al propio tiempo que, en tales casos, no se puede hablar de un concurso de acciones sino de un mero concurso de normas.

²⁶ Como pone de manifiesto GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ (*La peritación...*, op. cit., pág. 238) la concreción de la responsabilidad civil extracontractual resulta difícil de exigir porque se trata de supuestos en que el ilícito consiste precisamente en que no se ha actuado con la debida diligencia profesional.

²⁷ MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *La responsabilidad...*, op. cit., págs. 235 y ss.

2) Que esa conducta puede derivar en responsabilidad civil en el caso de que haya provocado un error judicial causante del daño cuyo resarcimiento se reclama, sin que el criterio de libre valoración judicial pueda convertirse en un medio eximente de responsabilidad del perito judicial.

4.2.- Responsabilidad penal

El perito en el desempeño de su función puede incurrir en las siguientes conductas constitutivas de infracción penal:

En primer término, es posible apreciar cohecho “en aquellos casos en que una persona, en provecho propio o de tercero, solicita o recibe, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente, o acepta ofrecimiento o promesa, por realizar un acto injusto o una acción u omisión constitutiva de delito, o por abstenerse de realizar un acto que debiera practicar, todo ello en el ejercicio de su cargo”²⁸. Esta conducta delictiva, prevista en los arts. 419 a 421 CP para autoridades y funcionarios públicos, resulta plenamente aplicable a los peritos en la medida que ejercen una función pública, tal y como prevé el art. 422 CP²⁹.

Más dudoso parece exigirle responsabilidad penal por infringir los deberes consustanciales a su cargo cuando, sin justa causa, se niega a acudir ante el órgano jurisdiccional o cuando, posteriormente, se niega a la realización del dictamen. A este respecto, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ estima que la única vía real para exigirle responsabilidad penal por estas conductas resulta de la aplicación del art. 412.1 CP considerando que en tales casos el perito ha incurrido en el delito de denegación de auxilio por funcionario público³⁰, si bien, en un primer momento, con el nuevo sistema de designación de peritos resulta muy difícil mantener su carácter de funcionarios públicos, al margen de los casos del ejercicio del derecho de asistencia jurídica gratuita en los términos antes referidos, pilar fundamental para considerar de aplicación este precepto, la redacción del art. 290 de la nueva LEC le da la razón, al referirse expresamente a que la contravención reiterada del deber de comparecer ante el órgano jurisdiccional dará lugar a la exigencia de responsabilidad por desobediencia a la autoridad.

Lo que no suscita ninguna duda es la posibilidad de exigirle responsabilidad penal al perito que incurra en alguna de las conductas tipificadas penalmente como falso testimonio en el art. 459 CP en los siguientes términos: “Las penas de los artículos precedentes se

²⁸ Definición que propone GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación...*, op. cit., pág. 233.

²⁹ Art. 422 CP: “Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”.

³⁰ Vid. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación...*, op. cit., págs. 234 y 235.

impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años”³¹.

De esta manera el art. 459 CP extiende la intervención penal por falso testimonio a la prueba pericial. El Código Penal castiga al perito que conscientemente emita dictamen falso. Por otra parte, la ley no distingue a qué clase de procesos debe extenderse esta responsabilidad, por lo que el delito se establece para toda clase de causas. El Código Penal de 1973 se limitaba a declarar tipo cualificado la declaración falsa del perito en juicio pero el nuevo Código Penal de 1995 incluye el concepto de dictamen que también comprende al documento técnico que emite un experto en interés del proceso.

Lo que plantea mayores dificultades es la aplicación práctica de este precepto porque la detección de la falsedad resultará difícil en muchos casos, al requerir a la vez conocimientos técnicos para poder apreciar esa falsedad, que comenzará a partir de la línea que separa lo científica o pericialmente opinable de lo que es insostenible bajo cualquier óptica. A su vez, ese dictamen insostenible ha de ser maliciosamente dictado, lo que obliga a considerar la posibilidad de que obedezca simplemente a negligencia, poca capacidad o formación, poca pericia del dictaminador, lo cual, y sin perjuicio de la responsabilidad que se pudiera demandar de la jurisdicción civil, excluye la aplicación del Código Penal, restringido, como en el falso testimonio común, a los dictámenes e interpretaciones conscientemente falsos.

El art. 460 CP recoge una segunda conducta delictiva, y castiga al perito que, sin faltar sustancialmente a la verdad, la altera con retenciones, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que fueran conocidos por él, con una pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio de seis meses a tres años. También en este supuesto es preciso que el perito actúe maliciosamente.

Para finalizar con las conductas encuadrables dentro de la figura del falso testimonio, simplemente hacer constar la posibilidad de que la responsabilidad penal se le exija a la

³¹ A este respecto debe tenerse en cuenta lo dispuesto, por remisión interna, en el art. 458 CP que establece lo siguiente: “1. El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.

2. Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado.

3. Las mismas penas se impondrán si el falso testimonio tuviera lugar ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, ejerzan competencias derivadas de ella, o se realizara en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero”.

parte que presente a los peritos a sabiendas de que van a prestar un dictamen falso, conducta tipificada penalmente en el art. 461 CP y castigada con las mismas penas que para ellos, haciendo especial mención en el párrafo tercero del abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal cuando fueren ellos los proponentes de esa prueba emitida con falso testimonio³².

Por último, los arts. 558 y 633 CP contemplan las conductas que supongan una alteración del orden público, causando perturbaciones graves o leves al orden en la audiencia de un Tribunal o Juzgado. El perito que lleve a cabo, de palabra o de obra o por escrito, actos que atenten contra la consideración, respeto u obediencia debidos a los Tribunales de Justicia, llegando a perturbar el orden público, será detenido y puesto a disposición del juzgado que deba conocer de la causa³³.

5.- RECUSACIÓN Y TACHA: CAUSAS Y PROCEDIMIENTO.

La ley quiere que el perito proceda a elaborar su dictamen de una forma objetiva. Esto es básico teniendo en cuenta que el perito tiene por misión auxiliar al juez en el desempeño de su función. Para garantizar la imparcialidad de los peritos, la nueva Ley procesal civil contempla la recusación de los peritos de designación judicial y la tacha de los presentados por las partes.

Otra novedad importante y que persigue la misma finalidad es el deber de abstención del perito designado por el órgano jurisdiccional en el caso de que concurra alguna de las causas previstas legalmente, abstención que, como dice el art. 105 LEC, puede ser oral o escrita siempre que esté debidamente fundamentada³⁴. Como sigue diciendo este precepto si la causa de la abstención existe al tiempo de ser designado, el perito no aceptará el cargo, y será sustituido en el acto por el perito suplente, cuando éste hubiere sido designado. Si el perito suplente también se negare a aceptar el encargo, por concurrir en él la misma u otra causa de abstención, y el tribunal la estima suficiente, será sustituido por el siguiente de la lista, y así sucesivamente hasta que se pudiese efectuar el nombramiento (art. 342.2 LEC). Si la causa es conocida o se produce después de la aceptación del cargo el perito deberá abstenerse igualmente elevándola al juez, magistrado o magistrado ponente, quien decidirá la

³² QUINTERO OLIVARES, G. , *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, (con VV.AA.), Pamplona, 1996, págs.1325 a 1332.

³³ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación...*, op. cit., págs. 236-237.

³⁴ Como pone de relieve CALVO SÁNCHEZ (*Análisis y sugerencias sobre la regulación de la abstención en el borrador de la LEC (abril de 1997) y en el Anteproyecto de LEC (diciembre de 1997). Estudio comparativo con la Ley Orgánica del Poder Judicial*, PJ, núm. 50, 1998, págs. 261 y ss.) una diferencia importante es que en relación al procedimiento para la abstención de los peritos se permite la modalidad oral, lo que constituye una novedad respecto al resto de los sujetos que se abstienen y también respecto a la recusación de los peritos.

cuestión previa audiencia de las partes, sin que contra el auto quepa recurso alguno (art. 105.2 LEC). Finalmente manifestar nuestra adhesión a la opinión sustentada por CALVO SÁNCHEZ para quien “una abstención eficaz ahorraría el incidente de recusación, por ello sigue también en esta materia siendo insuficiente el sistema de sanciones para quién debería haberse abstenido”³⁵.

5.1.- Recusación: Causas y procedimiento

En la nueva ley procesal civil primero, como acabamos de ver, se establece el deber de abstención de los peritos que incurran en las causas de recusación y, a continuación, a falta de tal abstención, se dispone en el art. 124.1 LEC que “sólo los peritos designados por el tribunal mediante sorteo podrá ser recusados”. Sin embargo, frente a la previsión de este precepto, el art. 343 LEC, que se ocupa de la tacha de los peritos, no limita la recusación a los peritos designados por sorteo sino que se refiere a todos los peritos de designación judicial, esto es: por acuerdo de las partes (art. 339.4 LEC), por consentimiento de los litigantes cuando por la singularidad de la materia sólo se disponga del nombre de una persona entendida (art. 341.2 LEC), por el procedimiento establecido en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita cuando el litigante carezca de recursos para litigar (art. 339.1 LEC) o por el juez de oficio en los supuestos establecidos en el art. 339.5 LEC³⁶.

En un principio, podría pensarse que la discordancia entre los dos preceptos debería ser salvada a favor del art. 124.1 LEC y limitar, por tanto, la recusación a los peritos designados por sorteo, en cuanto carece de sentido que las mismas partes que han llegado a un acuerdo o han consentido el nombramiento de una persona concreta lo recusen; sin embargo, se comprende todavía menos que se impida la recusación del perito designado con el procedimiento previsto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita o el que nombra el juez de oficio en los supuestos del art. 339.5 LEC. Por tanto, debe concluirse, con FONT SERRA, que el art. 124.1 LEC debe ser interpretado de conformidad con el art. 343 LEC considerando que todos los peritos designados judicialmente pueden ser recusados³⁷.

La recusación se reserva por tanto a los peritos de designación judicial, siempre y cuando concurra alguna causa de recusación de las previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 219 y 220) o alguna de las que la nueva ley procesal civil señala expresamente (art. 124.3). De acuerdo con este precepto son causas específicas de recusación para los peritos las siguientes:

³⁵ CALVO SÁNCHEZ, M. C., *Análisis y sugerencias...*, op. cit., pág. 275.

³⁶ Para conocer las razones de la discordancia entre el art. 124.1 y 343 LEC, vid. FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos...*, op. cit., pág. 102.

³⁷ FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos...*, op. cit., págs. 102 y 103.

- 1) Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso.
- 2) Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo.
- 3) Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.

Por otra parte, el procedimiento es sustancialmente el mismo al previsto en la le procesal de 1881, ya que ésta se propondrá por escrito firmado por Abogado y Procurador, si intervinieran en la causa, en el que se deberá expresar la causa de la recusación y los medios de probarla, y se acompañarán copias para el recusado y para las demás partes del proceso. Si la causa de la recusación fuera anterior a la designación, el escrito deberá presentarse dentro de los dos días siguientes al de la notificación del nombramiento. Si fuera posterior a la designación, pero anterior a la emisión del dictamen, el escrito de recusación podrá presentarse antes del día señalado para el juicio o vista o al comienzo de los mismos. Después del juicio o vista no podrá recusarse al perito, sin perjuicio de que aquellas causas de recusación existentes al tiempo de emitir el dictamen pero conocidas después de aquélla podrán ser puestas de manifiesto al tribunal antes de que dicte sentencia, y si esto no fuese posible, al tribunal competente para la segunda instancia (art. 125 LEC). Propuesta la recusación se dará traslado de copia del escrito al perito recusado y a las partes. El recusado deberá manifestar ante el Secretario Judicial si es o no cierta la causa en que la recusación se funda. Si la reconoce como cierta y el tribunal considera fundado el reconocimiento, se le tendrá por recusado sin más trámites y será reemplazado por el suplente. Si el recusado fuera el suplente, y reconociere la certeza de la causa se estará a lo dispuesto en el art. 342 LEC, de manera que se proceda a llamar al siguiente en la lista para proponerle el nombramiento. Cuando el perito niegue la certeza de la causa de recusación o el tribunal no aceptare el reconocimiento por el perito de la concurrencia de dicha causa, el tribunal mandará a las partes que comparezcan a su presencia el día y hora que señalará, con las pruebas de que intenten valerse y asistidas de sus abogados y procuradores, si su intervención fuera preceptiva en el proceso. Si no compareciere el recusante se le tendrá por desistido de su recusación, si compareciere e insistiere en la recusación, el tribunal admitirá las pruebas pertinentes y útiles y, acto seguido, resolverá lo que estime conveniente. Si se estima la recusación el perito recusado será sustituido por el suplente. Contra la resolución no cabrá recurso alguno, sin perjuicio del derecho de las partes de plantear la cuestión ante la instancia superior³⁸.

5.2.- Tacha: causas y procedimiento

En la nueva regulación del proceso civil se contempla junto a la recusación de los peritos de designación judicial, la tacha de los no recusables, siempre y cuando concurra alguna de las causas de tacha de peritos (art. 343.1 LEC). Estas circunstancias son las siguientes:

³⁸ GÓMEZ COLOMER, J. L., *El nuevo...*, op. cit., págs. 314 y 315.

- 1) Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de una de las partes, de sus Abogados o Procuradores.
- 2) Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante
- 3) Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores.
- 4) Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes o sus abogados o procuradores.
- 5) Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional.

Las tachas no podrán formularse después del juicio o vista en los juicios verbales y en el juicio ordinario deberán presentarse, en relación a los dictámenes periciales presentados con la demanda y la contestación a la demanda, en la audiencia previa al juicio. Al formular la tacha se podrá proponer la prueba conducente a justificarla, excepto la testifical. Cualquier parte interesada podrá dirigirse al tribunal a fin de contradecir o de negar la tacha, aportando los documentos pertinentes al efecto. Si la tacha menoscabare la consideración profesional del perito, podrá éste solicitar al tribunal que, al término del proceso, declare que carece de fundamento. Sin más trámites el tribunal tendrá en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción en el momento de valorar la prueba, formulando en su caso, mediante providencia, declaración de que carece de fundamento. Si apreciare temeridad o deslealtad profesional en la tacha, a causa de su motivación o del tiempo en que se formulara, podrá imponer a la parte responsable, con previa audiencia, multa de diez mil a cien mil pesetas.

Consiguientemente, la tacha tiene por finalidad, a diferencia de la recusación, no el impedir la presentación del correspondiente dictamen pericial, sino evitar que un dictamen pericial carente de objetividad pueda influir en la decisión judicial, advirtiendo al juez en el momento de su valoración acerca de la concurrencia de alguna de las circunstancias antes referidas y que ponen de relieve la existencia de algún interés de tipo partidista en relación a ese dictamen pericial. Se recomienda pues, precisamente, en atención a esta posibilidad y al régimen de responsabilidad antes comentado, que si el perito es consciente de la existencia de la posible causa de tacha, no acepte el encargo de la parte, lo que, por otra parte, entendemos que resultará difícil en la práctica teniendo en cuenta que, normalmente, la parte solicitará su informe a un perito de su confianza, quien, si se niega, se arriesga a defraudar esa confianza, con lo que ello supondrá con vistas a posteriores relaciones con ese cliente. De otro lado nos hacemos cargo de la razón que le ha llevado al legislador a articular la tacha de los peritos presentados por las partes, esto es, salvar en última instancia la finalidad y naturaleza probatoria de los dictámenes periciales de parte, maniobra arriesgada, como acabamos de ver, ya que residencia en las partes y en la valoración judicial del dictamen sospechoso de parcialidad, el futuro de un medio de prueba de tal importancia, teniendo presente ade-

más las escasas, por no decir prácticamente nulas, posibilidades de que el juez pueda decretar de oficio una prueba pericial³⁹.

6.- LAS DOS MODALIDADES DE DICTAMEN PERICIAL

Sin duda, la novedad fundamental que introduce la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la prueba pericial es la regulación de un doble sistema para la introducción del dictamen pericial en el proceso civil (art. 335).

En primer lugar, el legislador permite que sean las partes quienes aporten al principio del proceso los dictámenes emitidos por los peritos designados por ellas mismas (art. 336).

En segundo lugar, se prevé la posibilidad de que sea el juez el que designe al perito que se encargará de emitir el correspondiente dictamen (art. 339).

La regulación de la posibilidad de que las partes aporten al proceso los dictámenes periciales elaborados por peritos designados por ellas mismas generó un interesante debate durante la tramitación parlamentaria de la ley procesal civil, que llevó a introducir algunas modificaciones en la redacción de los preceptos reguladores de la prueba pericial contenidos en el proyecto de ley remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados.

Concretamente, los arts. 336 y ss. del Proyecto de LEC establecían que los dictámenes periciales debían ser aportados por las partes al inicio del proceso y sólo en dos supuestos excepcionales cabía la designación de perito por el juez: de un lado, cuando el nombramiento fuera solicitado como consecuencia de alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia previa del juicio ordinario o en el acto de juicio del verbal, siempre que el juez considerase pertinente y útil el dictamen y las partes se mostraran conformes con el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito nombrado por el juez (art. 340.1); de otro, cuando, por la concurrencia en alguna de las partes de especiales circunstancias personales, económicas o culturales, fuera de temer que no pudiera encargarse por sí misma el dictamen, siempre que la parte lo solicite, a sabiendas de que el dictamen se llevaría a su costa, aunque no se le reconozca el derecho a litigar gratuitamente (art. 340.2).

³⁹ Nos remitimos a lo dicho anteriormente en relación a las diligencias finales contempladas en el art. 435 LEC. La excepción la representan los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores en los que, en razón del carácter indisponible del objeto del proceso, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes, entre las que se encuentra, en un lugar destacado, obviamente, la prueba pericial, como pone de relieve la previsión normativa del art. 759 LEC, que alude expresamente a que el tribunal, antes de pronunciarse sobre la capacidad de una persona, acordará los dictámenes periciales necesarios, sin que pueda decidir sobre tal cuestión sin previo dictamen pericial médico acordado por el tribunal.

La redacción de este precepto dio lugar a la presentación de enmiendas por parte de los Grupos Socialista y de Izquierda Unida con el objeto de introducir como forma ordinaria de designación del perito, el nombramiento judicial, previa petición de parte, a través del correspondiente sorteo entre los nombres de los profesionales contenidos en las listas remitidas al juzgado por los correspondientes Colegios profesionales. Ello con independencia de que las partes puedan aportar informes técnicos elaborados por peritos designados por ellas mismas.

Los argumentos que justificaron la presentación de las enmiendas fueron básicamente tres: en primer lugar, la previsible traslación al proceso de la desigualdad generada por la distinta posición económica y social de los litigantes, favoreciéndose a la parte más poderosa⁴⁰; en segundo término, la falta de neutralidad e imparcialidad del perito que se convierte en un perito de “parte”; por último, la pérdida de eficacia de la prueba pericial por la concurrencia de informes periciales contradictorios presentados por cada una de las partes del litigio, lo que no siempre va a permitir al juez llegar a una conclusión acertada sobre el objeto de la pericia⁴¹.

La aprobación de estas enmiendas provocó la modificación de la redacción de los preceptos afectados⁴², dándose lugar a la redacción actual que permite o bien la aportación del dictamen por las partes, o bien, si así lo consideran adecuado, la solicitud al juez de la designación de un perito para que emita el dictamen dentro del proceso.

Se trata de dos modalidades de prueba pericial compatibles entre sí, en cuanto, de acuerdo con el art. 335 LEC las partes podrán aportar al proceso el dictamen de perito que posea los conocimientos especializados necesarios o bien solicitar que se emita dictamen por perito designado por el juez, cuando así lo establezca la ley. Esos casos son precisamente los previstos en el art. 339 LEC, que permite a las partes solicitar la designación judicial del perito, entre otros supuestos, cuando consideren conveniente para sus intereses la emisión del dictamen pericial. En consecuencia podría entenderse que la ley está permitiendo a las

⁴⁰ En este mismo sentido, MORENO CATENA, V., *Algunos problemas de la prueba...*, op. cit., pág. 303; PICO Y JUNOY, J., *La prueba...*, op. cit., pág. 1833.

⁴¹ Vid. enmienda núm. 353, en BOCD de 26 de marzo de 1999.

⁴² Remitido el Proyecto de LEC al Senado volvieron a presentarse una serie de enmiendas propugnando la modificación de determinados preceptos reguladores de la prueba pericial con el objeto de darle una mayor importancia a la pericia realizada por perito de designación judicial frente a los dictámenes elaborados por peritos designados por las partes. Sin embargo, todas estas enmiendas fueron rechazadas en el Senado. Vid. BOS de 27 de octubre de 1999.

partes la solicitud de designación judicial del perito para que emita el correspondiente dictamen, pese a haberse aportado previamente un dictamen sobre la misma cuestión⁴³.

6.1.- Dictamen aportado por las partes.

Partiendo de la vigencia en el proceso civil del principio de aportación de parte, el legislador ya en la Exposición de Motivos de la Ley (apdo. IX) alude a la novedad que supone la aportación al proceso de dictámenes de peritos designados previamente por los litigantes. De esta forma se refuerza el papel de las partes en la fase probatoria, dejando en sus manos la apreciación de la necesidad de conocimientos especializados para que el juez pueda valorar de forma adecuada los hechos relevantes en el pleito. En consecuencia, cuando el actor y demandando lo consideren oportuno para la defensa de sus pretensiones, podrán encargar fuera del proceso la elaboración de dictámenes periciales para que sean valorados como prueba pericial en el proceso⁴⁴.

6.1.1.- Designación del perito

Cuando son las partes las que aportan los dictámenes periciales al inicio del proceso, la designación del perito es un actividad privada, de carácter extraprocesal y, por tanto, no interesa al legislador, en cuanto son las partes quienes deben buscar al experto que tenga, a su entender, los conocimientos adecuados para el esclarecimiento de los hechos. Ni tan siquiera exige la ley que esos peritos tengan los conocimientos específicos en la materia sobre la que verse el dictamen, ni títulos profesionales, ya que en el párrafo 1 del art. 335 sólo establece que las partes podrán aportar al proceso el dictamen de los peritos que posean los conocimientos correspondientes.

⁴³ FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos...*, op. cit., pág. 66.

Sin embargo, pese a que el tenor de la norma así lo permite, parece poco probable que en la práctica pueda darse esta situación puesto que si las partes aportan el dictamen pericial con la demanda o contestación, y en esos mismo escritos solicitan al juez la designación de otro perito, el juez podrá denegar esta pericia a través del correspondiente auto por considerarla innecesaria e inútil (art. 339.2 LEC).

⁴⁴ Con ello el legislador da carta de naturaleza a los denominados “informes periciales preconstituídos”, a los que la jurisprudencia reiteradamente negó el carácter de prueba pericial (entre otras, SSTS de 29 de noviembre de 1993 (RA 9145), 3 de diciembre de 1994 (RA 9402), 23 de marzo de 1995 (RA 2059), 26 de julio de 1996 (RA 5680) y 20 de octubre de 1997 (RA 7159), mostrándose vacilante en su calificación, ya sea como prueba documental (SSTS de 15 de enero de 1982 (RA 304), 11 de diciembre de 1985 (RA6524), 30 de diciembre de 1985 (RA 6622) y 6 de febrero de 1998 (RA 703)), como testifical cuando el informe es ratificado por el perito en el juicio (SSTS de 15 de abril de 1971 (RA 1775), 9 de junio de 1987 (RA 4269), 27 de enero de 1988 (RA 150), 16 de octubre de 1990 (RA 7870), y 4 de junio de 1992 (RA 4997)) o como pericia extrajudicial en el marco de la valoración conjunta de la prueba (SSTS de 10 de febrero de 1988 (RA 937), 24 de febrero de 1988 (RA 1302) y 24 de noviembre de 1995 (RA 8901)).

Por otra parte, aunque la ley sólo se refiera a la posibilidad de solicitar el dictamen a una Academia, institución cultural o científica o cualquier otra persona jurídica legalmente habilitada, cuando regula las condiciones de los peritos designados judicialmente (art. 340), no encontramos ningún inconveniente a la hora de permitir a las partes la aportación de informes elaborados por estos entes. Ahora bien, requisito imprescindible será que se determine la persona o personas concretas que se han encargado de forma directa de prepararlo (art. 340.3 LEC), en cuando será ella quien deba intervenir en el juicio cuando sea necesario (art. 347 LEC) y además con esta medida se permitirá la tacha por la parte contraria cuando concurra causa para ello (arts. 343 y 344 LEC).

6.1.2.- Momento de aportación del dictamen.

Partiendo de la dualidad de procedimientos ordinarios prevista por el legislador y de si los dictámenes versan sobre alegaciones iniciales de las partes o complementarias, son varios los momentos previstos para la aportación por las partes de los informes periciales.

En primer lugar y como norma general, los dictámenes habrán de ser aportados con la demanda o la contestación a la demanda⁴⁵, en el caso del procedimiento ordinario (arts. 265.1.4º y 336.1 LEC), y en el juicio verbal, en la demanda o en acto de la vista (arts. 265.4 y 336.1 LEC). Esto es, el actor deberá aportar los dictámenes que versen sobre hechos alegados en su demanda y el demandado los que versen sobre hechos alegados en la demanda y en su contestación.

El legislador parte aquí de la presunción de que al actor siempre le es posible la aportación del dictamen con la demanda e impone a ambas partes, actor y demandado, que justifiquen cumplidamente, si pretenden servirse de dictámenes periciales en un momento posterior, que la no presentación del dictamen pericial se debió, en el caso del demandante, a que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de la demanda hasta la obtención del dictamen y, en el caso del demandado, a la brevedad del plazo para contestar a la demanda que le impidió la obtención del dictamen (art. 336.3 y 4 LEC).

Para todos aquellos supuestos en que las partes no puedan aportar los dictámenes periciales con la demanda o con la contestación, se exige que los litigantes expresen en esos escritos los dictámenes de que pretendan valerse en el juicio, obligándose a presentarlos, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos y, en todo caso, antes de iniciarse la audiencia previa al juicio del procedimiento ordinario o en el acto de la vista del juicio verbal, de acuerdo con el art. 337.1 LEC.

⁴⁵ De acuerdo con el art. 273 LEC, de estos dictámenes deberán presentarse tantas copias como partes intervegan en el proceso, en caso contrario, la omisión se hará saber a la parte con el objeto de que subsane la falta en un plazo de cinco días. Si no se sana el defecto, se tendrán por no presentados los dictámenes a todos los efectos (art. 275 LEC).

No se ha percatado aquí el legislador de la discordancia entre el anterior precepto que permite a las partes la aportación del informe pericial hasta el momento de la audiencia previa, y los arts. 270 y 271.1 LEC que, con carácter general, permiten la presentación de documentos, instrumentos, medios o dictámenes hasta el momento del juicio o vista cuando las partes se vean imposibilitadas de su presentación anterior “por causas no imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado 2 del artículo 265, o, en su caso, el anuncio a que se refiere el número 4 del apartado primero del artículo 265 de la presente Ley”.

A nuestro juicio, esta falta de sintonía entre estos preceptos debe ser salvada en favor de la previsión general de los arts. 270 y 271 LEC, permitiéndose la aportación de los dictámenes periciales hasta el momento del juicio o vista y ello por varias razones: en primer lugar, por el tenor literal del art. 271 LEC que alude expresamente a dictámenes; en segundo lugar, porque así lo exige el derecho de defensa de la parte que se ve imposibilitada de la aportación de un dictamen pericial que puede ser de relevancia para la defensa de su pretensión; en tercer lugar, porque carece de sentido establecer desigualdades de trato para los distintos medios de prueba cuando su aportación no ha sido posible en el momento procesal oportuno por causas no imputables a la parte.

En su caso, si los dictámenes no se aportan o no se anuncian con la demanda o la contestación o el juez no considerase justificada la imposibilidad de aportar los dictámenes inicialmente por el demandante o el demandado, precluye toda posibilidad de aportar informes periciales relativos a alegaciones contenidas en los escritos iniciales del proceso.

Como excepción a la norma general de aportación de dictámenes periciales con la demanda o la contestación, el apdo 1 del art. 338 LEC permite la aportación posterior de informes periciales cuando se trate de “dictámenes cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia a tenor del artículo 426 de esta ley”⁴⁶, señalándose en el apdo 2 de este mismo precepto que el momento preclusivo para su presentación será con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio en el procedimiento ordinario o de la vista, en los juicios verbales.

Sin embargo, pese al tenor literal del precepto, deberían diferenciarse aquí dos supuestos distintos:

⁴⁶ Se trata de todos aquellos casos en que se realicen alegaciones que no alteren sustancialmente las pretensiones iniciales o sus fundamentos; o que se aclaren las alegaciones realizadas o se rectifiquen extremos secundarios de las pretensiones; que se añada alguna petición accesorio o complementario de las formuladas en su momento; o por último, que se introduzca algún hecho relevante acaecido o conocido con posterioridad a la demanda o a la contestación (apdos. 1,2, 3 y 4 del art. 426 LEC).

- Si los dictámenes se justifican en razón de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda, podrán ser aportados en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal. Corrobora esta afirmación el art. 265.3 LEC que permite al actor presentar en la audiencia previa al juicio los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia se ponga de manifiesto como consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda.

- En cambio, si los dictámenes son necesarios como consecuencia de “alegaciones complementarias, rectificaciones, peticiones, adiciones y hechos nuevos” que se permitan por el legislador en la audiencia previa (art. 426.3 LEC), podrán ser aportados con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio del procedimiento ordinario (arts. 338 y 427.3 LEC)⁴⁷.

6.1.3.- Elaboración y forma del dictamen

Cuando son las partes quienes aportan el dictamen al proceso, el legislador, como es lógico, no regula la elaboración del informe, en cuanto se trata de una actividad realizada antes del proceso y, por tanto, ajena al mismo. En estos casos, los problemas pueden surgir cuando el perito no tenga acceso al objeto de la pericia, lo que le puede dificultar o incluso impedir hacer las operaciones periciales previas a la emisión del dictamen. Ante esta situación, que puede producirse por múltiples causas, la opción que le quedará a la parte interesada en que se practique la pericia será utilizar la otra modalidad de prueba pericial, es decir, solicitar al juez que se nombre un perito por cualquiera de los procedimientos legales (art. 341 LEC) y de esta forma que sea el propio juez quien posibilite que se ponga a disposición del perito el objeto de la pericia.

En lo que respecta a la forma del dictamen, el legislador alude solamente a que tendrá forma escrita, permitiéndose la presentación de todos aquellos documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de pericia (art. 336.2 LEC). Es decir, se permite al perito acompañar al dictamen de todos aquellos instrumentos que puedan permitir al juez una mejor comprensión del contenido

⁴⁷ No existe discordancia alguna entre lo previsto en el art. 270.3 LEC y lo dispuesto en los arts. 338.2 y 427.3 LEC, como parece dar a entender GARCÍANDIA GONZÁLEZ (*La peritación...*, op. cit., pág. 361), en cuanto se refieren a cuestiones distintas; de un lado, el art. 270.3 LEC alude a los documentos, medios e instrumentos que no han podido ser obtenidos en el momento de la demanda o, en su caso, de la audiencia previa al juicio, por causas no imputables a la parte, permitiéndose su aportación hasta el momento del juicio o vista (siempre que se haya hecho la mención a que se refiere en art. 265.2 LEC); mientras que los arts. 338.2 y 427.3 LEC se refieren a la presentación de informes periciales como consecuencia de alegaciones contenidas en la contestación a la demanda o en la audiencia previa, estableciéndose como momento preclusivo los cinco días anteriores al juicio o vista.

concreto del informe técnico o, en su caso, realizar las indicaciones suficientes cuando no se estime conveniente la aportación de esos materiales. Incluso, el art. 336.2 LEC expresamente alude a la posibilidad de aportar los documentos o instrumentos que faciliten al juez la valoración de este medio de prueba. Todo ello en un afán de facilitar la labor judicial.

No se refiere, en cambio el legislador, al contenido concreto del dictamen, sin embargo, éste debería incluir, para aclarar las dudas del juez, una descripción del objeto de la pericia, una relación de todas las operaciones periciales realizadas por el perito con su resultado y, por último, las conclusiones a que haya llegado el perito aplicando su ciencia al caso concreto.

6.2.- Prueba pericial practicada por perito de designación judicial.

La segunda modalidad de prueba pericial prevista en la nueva ley procesal es la llevada a cabo por perito designado por el juez. Se trata de una modalidad alternativa respecto de la examinada en el apartado anterior, de tal forma que las partes podrán optar entre presentar el dictamen elaborado por el perito designado por ellas mismas o, por el contrario, solicitar al juez la designación de un perito para que elabore el correspondiente informe técnico⁴⁸.

6.2.1.- Propuesta y admisibilidad de la prueba pericial.

La emisión de dictamen por perito designado por el juez procede en tres casos concretos de acuerdo con el art. 339 LEC:

En primer lugar, si alguna de las partes es titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, con el objeto de que se proceda a la designación judicial del perito, conforme a lo que se establece en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (art. 339.1 LEC).

En segundo lugar, cualquiera de las partes, aunque no se encuentre en el supuesto anterior podrá solicitar la designación judicial del perito en momentos distintos:

- en la demanda o contestación a la demanda en el caso del procedimiento ordinario, y en el juicio verbal en la demanda o en el acto de la vista, siempre que los litigantes lo consideren conveniente o necesario para sus intereses (art. 339.2 LEC).

⁴⁸ Contrasta esto con el carácter “subsidiario o residual” (FERNANDEZ URZAINQUI, *El régimen de la prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en “Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, t. I, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 206) que la emisión del dictamen por perito de designación judicial tenía en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 340).

- en la audiencia previa del procedimiento ordinario, el demandante podrá solicitar la designación judicial del perito para que emita informe sobre alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda. Esto mismo podrá hacer la parte actora en el acto de la vista del juicio verbal. Todo ello por aplicación, *a contrario sensu*, del art. 339.2.2º LEC que no permite la solicitud de informe pericial de perito de designación judicial en un momento posterior a la demanda o contestación, salvo que se trate de alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda.

- en la audiencia previa del procedimiento ordinario cuando se trate de alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia previa del procedimiento ordinario (art. 339.3 LEC). Concretamente, el art. 427.4 LEC permite a las partes que asistan a la audiencia hacer la correspondiente solicitud en ese momento.

En tercer lugar, el legislador prevé una posibilidad de designación de perito de oficio cuando ello resulte necesario en determinados procesos de carácter inquisitivo, concretamente, los relativos a declaración o impugnación de la filiación, paternidad, maternidad, capacidad de las personas y procesos matrimoniales.

En lo que respecta a la admisibilidad de la prueba pericial solicitada por las partes, el juez no está vinculado por su petición, sino que sólo acordará la designación del perito cuando considere “pertinente y útil el dictamen pericial solicitado”, tanto si la solicitud tuvo lugar en la demanda o en la contestación a la demanda (art. 339.2 LEC) como si se produjo en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal (art. 339.3.1º y 2º LEC).

Sin embargo, no son éstos los únicos requisitos exigidos por el legislador para la designación judicial del perito, sino que en el supuesto de petición de pericia como consecuencia de las alegaciones realizadas como consecuencia de alegaciones y pretensiones en la audiencia previa del juicio ordinario, o en la vista del juicio verbal, se exige además que “ambas partes se muestren conformes con el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre” (art. 339.3.1º y 2º LEC)⁴⁹.

Por último, la admisión o no de la prueba pericial deberá resolverse a través de la correspondiente resolución que tendrá forma de auto. El juez admitirá o denegará la designación de perito y, en el primer caso, deberá resolver si debe designarse a más de un perito de

⁴⁹ A qué se refiere el legislador cuando alude a que las partes deben de aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre no resulta fácil, en cuanto no parece posible que la voluntad de la ley sea que ambas partes se muestren conformes de antemano en aceptar el contenido del dictamen pericial (FONT SERRA, *El dictamen de peritos...*, op. cit., pág. 80). Más bien debería entenderse que los litigantes deben mostrar su conformidad en que el tribunal realice la designación del perito para que emita el informe.

acuerdo con los criterios que veremos en el apartado siguiente. Contra este auto cabrá recurso de reposición y si éste es desestimatorio, podrá formularse protesta a efectos de hacer valer sus derechos en segunda instancia (art. 285 LEC).

6.2.2.- Procedimiento de designación del perito.

a.- Número de peritos

De conformidad con el art. 339.6 LEC, el tribunal designará un único perito para cada cuestión o conjunto de cuestiones que hayan de ser objeto de pericia, de tal forma que, sólo cuando la diversidad de la materia requiera el parecer de expertos distintos, podrán ser nombrados otros peritos, precisamente tantos como saberes sean necesarios.

Frente a la claridad del anterior precepto, el inciso tercero del art. 339.2 LEC parece dar a entender que cabe la posibilidad de designar varios peritos en cuanto, si los dos litigantes solicitan en el momento inicial de proceso la prueba pericial, el juez podrá nombrar “si ambas están conformes, un único perito que emita el informe solicitado”. Sin embargo, pese a la defectuosa redacción legal debe entenderse que el juez solamente podrán nombrar un único perito, salvo que las materias sobre las que verse el dictamen sean diversas.

Por otra parte, una vez designado un perito por el juez, a solicitud de una de las partes o de ambas, si posteriormente se vuelve a solicitar la designación de perito para que dictamine en torno a alegaciones o pretensiones no contenidas en los escritos iniciales, el juez sólo podrá nombrar a otro experto cuando la materia de la pericia sea diversa, en otro caso, deberá limitarse a comunicar al perito designado los nuevos extremos sobre los que debe ampliar su dictamen⁵⁰.

b.- Condiciones de los peritos.

De acuerdo con el art. 340.1 LEC los peritos de designación judicial deben estar en posesión del título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste, y sólo en el caso de que la materia de que se trate no esté comprendida en un título profesional oficial, el perito podrá ser nombrado entre personas entendidas en aquellas materias. Por tanto, frente a lo que ocurre con los peritos designados por las partes, a quienes no se exige ningún tipo de titulación, en el caso de la designación judicial, es necesario que el perito sea titulado, salvo que la materia de que se trate no se comprenda en un título oficial.

También se refiere la ley en el apartado segundo de ese mismo precepto a la posibilidad de solicitar el dictamen a Academias, instituciones culturales y científicas que se ocupen

⁵⁰ FONT SERRA, *El dictamen de peritos...*, op. cit., pág. 81.

del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia o las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello. No se exige en este caso, como en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (art. 631) que la pericia sea tan complicada que requiera operaciones o conocimientos científicos especiales. Esto supone que dependerá de la propia voluntad de las partes que el informe se solicite a uno de estos entes.

Ahora bien, la entidad designada deberá identificar a la persona o personas físicas encargadas de manera directa de la preparación del informe (art. 340.3 LEC), puesto que serán ellas las obligadas a prestar el juramento o promesa requerido en el art. 335.2 LEC, intervenir en el juicio o vista cuando ello sea necesario (art. 347 LEC) y permitir la recusación por la parte contraria cuando concurra causa para ello (art. 343 LEC).

A la hora de designar el perito va a ser determinante cuáles son los conocimientos concretos que se exigen para emitir el dictamen, esto es, qué profesional debe ser nombrado teniendo en cuenta el objeto y carácter de la pericia. Obviamente, son las partes las que deben determinar el objeto de la peritación y, en consecuencia, el técnico adecuado para la elaboración del dictamen, pero en caso de desacuerdo será el juez quien deba decidir sobre estos extremos.

c.- Sistemas de designación.

De acuerdo con los arts. 339 y 340 LEC los sistemas de designación de peritos previstos por el legislador son los siguientes:

En primer lugar, el juez estará vinculado por el acuerdo de las partes sobre la concreta persona o entidad que ellas consideren adecuada para la elaboración del dictamen (art. 339.4 LEC).

Este supuesto puede plantear el problema de la falta de cualificación suficiente del perito designado por las partes, es decir, que éste no revista los caracteres necesarios para llevar a cabo la peritación. En este caso, como acertadamente señala GARCÍANDIA GONZÁLEZ, el juez deberá inadmitir ese medio de prueba por la falta de idoneidad del instrumento para entrar en contacto con los datos fácticos de que se trata⁵¹.

En segundo lugar, cuando no exista acuerdo de las partes, el perito será designado por sorteo (art. 339 LEC) que deberá ser realizado de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 341 LEC.

El procedimiento es el siguiente: en el mes de enero de cada año, el juzgado requerirá al Colegio profesional, o en su defecto, Academia o institución cultural o científica, una

⁵¹ GARCÍANDIA GONZÁLEZ, P.M., *La peritación...*, op. cit., pág. 370.

lista de los colegiados o asociados que estén dispuestos a actuar como peritos⁵². Son destacables aquí dos cuestiones que merecen una crítica positiva: de un lado, el hecho de que en la lista no se incluyan todos los colegiados o asociados (como imponía el art. 616 LEC de 1881) sino sólo aquéllos que estén dispuestos a actuar como peritos; de otro, la eliminación del requisito de estar al corriente en el pago de las obligaciones fiscales para poder actuar como perito.

La consecuencia que se deriva de la inclusión en la lista de profesionales a designar solamente de aquéllos que estén dispuestos a actuar como peritos, es que no se permite la no aceptación libre del nombramiento. De esta manera, el perito designado por el juez puede o bien abstenerse, si estima que concurre alguna de las causas legalmente previstas (art. 105 LEC), o bien alegar justa causa que le impida la aceptación, que deberá ser considerada suficiente por el juez (art. 342.2 LEC).

Una vez enviada la lista al juzgado, la primera designación se hará por sorteo que se realizará en presencia del Secretario del juzgado y a partir de ahí las restantes designaciones se harán siguiendo esa lista por orden correlativo (art. 341.1 LEC)⁵³.

La ley se refiere también a aquellos supuestos en que deba designarse perito a una persona que no tenga título oficial; en este caso, el juez requerirá la lista de personas prácticas o técnicas en la materia de que se trate a sindicatos, asociaciones o entidades apropiadas, exigiéndose que esté integrada al menos por cinco de esas personas (art. 341.2 LEC). El procedimiento de designación será idéntico al señalado anteriormente.

Si comparamos este sistema de designación con el regulado en la Ley procesal civil de 1881, vemos como el actual sistema es mucho más sencillo y racional y muy similar al que venía haciéndose en la práctica diaria de nuestros tribunales.

⁵² Todas estas entidades, una vez recibida la correspondiente petición por parte del juzgado correspondiente, están obligadas a remitir las listas solicitadas, en cumplimiento del mandato de colaboración general a los juzgados y tribunales que contiene el art. 17.1 LOPJ.

⁵³ La redacción de este precepto fue consecuencia de la aprobación de las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados por los Grupos Parlamentarios de Coalición Canaria y Popular, en cuanto en el art. 342.1 del Anteproyecto de LEC se establecía que el sorteo para la designación de perito por el juez “se llevará a cabo, en presencia del Secretario, tomando como base las listas de miembros de los Colegios profesionales o entidades análogas, así como las que, a instancia del tribunal puedan facilitar las Academias o instituciones culturales o científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior”. El sistema de lista corrida se justificó, de un lado, en la existencia de otras normas (Reglamento del Registro Mercantil y Ley General Tributaria) con un procedimiento de designación similar; de otro, en evitar la aleatoriedad del sorteo que en listas no muy numerosas puede hacer que la designación recaiga siempre en una misma persona o personas. Vid. DSCD de 27 de julio de 1999 y 23 de septiembre de 1999.

El tercer sistema de designación de peritos es el consentimiento de las partes para aquellos supuestos en que debido a la singularidad de la materia objeto de pericia, sólo se disponga de una persona entendida o práctica en la materia. Las designación recaerá en esa persona sólo cuando las partes lo consientan de común acuerdo (art. 341.2 LEC).

El problema que puede derivarse de esta forma de designación es la falta de consentimiento de las partes que provocará la imposibilidad de emisión de dictamen pericial.

En cuarto lugar, debe aludirse también a la designación de perito cuando el litigante es titular del derecho de asistencia jurídica gratuita (art. 339.1 LEC), cuyo procedimiento ya ha sido analizado en el apdo. 3.1, al cual nos remitimos.

Por último, aunque no se refiere la ley en ningún momento a la forma de designación del perito cuando el nombramiento se haga de oficio por el juez, esto es, en los procesos sobre declaración o impugnación de filiación, paternidad, maternidad o capacidad de las personas o procesos matrimoniales, del tenor literal del art. 339.5 LEC, debe entenderse que la designación se hará directamente por el juez⁵⁴.

d.- Llamamiento del perito. Aceptación del cargo y nombramiento⁵⁵.

De acuerdo con el art. 342 LEC, el juez deberá, en el plazo de cinco días desde la designación del perito por cualquiera de los procedimientos previstos⁵⁶, comunicarle ésta, requiriéndole para que, en el plazo de cinco días, manifieste si acepta o no el cargo⁵⁷.

Realizado el llamamiento, el perito puede adoptar actitudes distintas:

En primer lugar, es posible que acepte el cargo. Esta será la actitud normal y habitual en cuanto este técnico ha solicitado, en su momento, estar incluido en la lista que su Colegio Profesional, Academia o institución cultural o científica remitió al juzgado (art. 341.1 LEC).

⁵⁴ Así lo entiende también FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos...*, op. cit., pág. 91.

⁵⁵ La Ley distingue entre designación y nombramiento, conceptos que se confundían en la Ley de 1881, cuyo art. 618 establecía que el hecho del nombramiento se le debía hacer saber al perito para que lo aceptara o no.

⁵⁶ Este precepto se aplica con carácter general a todos los peritos nombrados por el juez con independencia del sistema de designación, ya sea por común acuerdo de las partes, por sorteo o por consentimiento de los litigantes. Esto frente a lo que ocurría en el Proyecto de Ley, en cuanto el art. 343 limitaba su aplicación exclusivamente a los peritos designados por sorteo.

⁵⁷ La comunicación al perito se llevará a cabo de acuerdo con lo previsto en los arts. 159 y 160 LEC.

Aceptado el cargo, y de acuerdo con el art. 342.1 LEC, se efectuará el nombramiento y el perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como perjudicar a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliera su deber como perito (art. 355.2 LEC). Además, éste será el momento para que el perito solicite la correspondiente provisión de fondos. También en este acto, y aunque la ley no haga referencia a ello, deberá señalarse el objeto del dictamen pericial y el plazo en que se deberá presentar al juez⁵⁸.

En segundo lugar, el perito designado puede abstenerse ante la concurrencia de alguna de las causas de abstención previstas legalmente, en cuanto el art. 105 LEC le obliga, en este caso, a no aceptar el cargo, siendo sustituido por el suplente de acuerdo con el procedimiento de sustitución previsto en el art. 342.2 LEC, al que nos referiremos seguidamente.

En tercer y último lugar, puede ocurrir que el perito designado no acepte el cargo, para lo cual deberá alegar justa causa que deberá ser considerada suficiente por el juez (art. 342.2 LEC), es decir, no se prevé la no aceptación libre del perito sino que la misma está condicionada a la alegación de un motivo suficiente a criterio del juez.

Si el órgano jurisdiccional considera bastante la causa alegada, debe procederse a la sustitución del perito mediante la lista corrida del juzgado, designando al siguiente de la lista y así sucesivamente, hasta que se pueda efectuar el nombramiento (art. 342.2 LEC).

6.2.3.- Elaboración del dictamen.

Con carácter previo a la emisión del dictamen, el perito designado por el juez deberá, cuando así sea necesario, realizar las operaciones periciales que la naturaleza y características del objeto de la pericia requieran. El legislador, en el art. 345.1 LEC, no limita la actuación del perito al simple reconocimiento de lugares, objetos o personas, sino que alude también a “la realización de operaciones análogas”, lo que incluye todo tipo de actuaciones, de difícil catalogación debido a su variedad.

Las operaciones periciales se realizarán, si ello es posible, en la sede del órgano jurisdiccional, en caso contrario, siempre que las circunstancias así lo aconsejen podrán ser realizadas fuera del local del juzgado.

⁵⁸ FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos...*, op. cit., pág. 91. Continúa señalando este autor que el juez también aprovechará este momento para informar al perito sobre los deberes que lleva consigo la aceptación del cargo y las penas señaladas en los arts. 458 y ss. CP para los que falten maliciosamente a la verdad en su dictamen o, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterasen con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que les fueran conocidos.

La realización de las operaciones periciales exige la puesta a disposición del perito del objeto de la pericia que deba ser examinado. Esto no planteará problemas cuando la propia parte interesada en que se practique la prueba tenga la posibilidad de proporcionar al perito las cosa u objeto de reconocimiento. Sin embargo, las dificultades pueden surgir cuando el objeto del examen pericial no está a disposición del interesado sino de la parte contraria o de un tercero. En estos casos, la nueva ley, al igual que la anterior, guarda silencio al respecto, sin embargo, pueden proponerse algunas soluciones, como pone de manifiesto FONT SERRA: a) si el objeto del reconocimiento pericial es un bien inmueble o un mueble que no puede ser trasladado a la sede el órgano jurisdiccional, basta con que el perito obtenga una credencial del juez dirigida a la persona que pueda facilitar el acceso al inmueble o al lugar donde se halle la cosa mueble. Incluso, podrá ordenar el juez la entrada en el lugar, como en el caso del reconocimiento judicial (art. 354.1º LEC); b) cuando el objeto del reconocimiento sea una cosa mueble que puede ser trasladada a la sede del órgano jurisdiccional podrá requerirse a la persona que lo tenga en su poder, para que la ponga a su disposición, advirtiéndole que se adoptarán las medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento pericial, incluso la entrada en el lugar donde se encuentre el objeto de la pericial⁵⁹.

Por otra parte, en lo que respecta a la presencia de las partes y sus defensores en las operaciones periciales, se condiciona por el legislador a que la misma no “impida o estorbe la labor del perito y se pueda garantizar el cierto e imparcialidad del dictamen” (art. 345.1 LEC)⁶⁰. Por tanto, ante la petición de las partes, será el juez quien decida lo que corresponda de acuerdo con el criterio legal⁶¹. Si la decisión es afirmativa, será el propio perito quien dé aviso directamente a las partes⁶², con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, del día, hora y lugar en que las operaciones se llevarán a cabo.

Una vez practicadas las operaciones periciales precisas, el perito deberá emitir el correspondiente dictamen que presentará en el juzgado en el plazo que éste haya señalado (art. 346 LEC).

En lo que respecta a la forma del dictamen, el legislador alude solamente a que tendrá forma escrita (art. 346 LEC) y aunque la posibilidad de presentación de documentos, ins-

⁵⁹ FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos...*, op. cit., pág. 112.

⁶⁰ Por otra lado, frente a la previsión expresa del art. 626.1 LEC, no se prevé en este precepto que las partes o sus abogados puedan hacer observaciones al perito en este acto

⁶¹ Medida legal duramente criticada por LORCA NAVARRETE (*Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. El nuevo proceso civil*, Madrid, 2000, págs. 732 y 733) para quien la presencia de las partes en las operaciones periciales es una garantía procesal que les permitirá poner de manifiesto posibles irregularidades en la práctica de la prueba pericial, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso o proceso justo.

⁶² Con el objeto de garantizar la eficacia y agilidad del procedimiento.

trumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de pericia se prevé solamente para los informes presentados por peritos designados por las partes (art. 336.2 LEC), no existe ningún inconveniente a que el perito nombrado por el juez también pueda acompañar a su dictamen de todos estos materiales de apoyo. Una interpretación en otro sería contraria al principio de igualdad que debe regir en el proceso.

Tampoco se alude en la ley al contenido del dictamen, pero en el mismo sentido ya reseñado al analizar el dictamen presentado por perito designado por la parte, éste deberá incluir, para aclarar las dudas del juez, una descripción del objeto de la pericia, una relación de todas las operaciones periciales realizadas por el perito con su resultado y, por último, las conclusiones a que haya llegado el perito de la aplicación de su ciencia.

7.- INTERVENCION DEL PERITO EN EL JUICIO

7.1.- Petición de intervención del perito.

El legislador regula de forma detallada en el art. 347 la intervención del perito en el acto de juicio del procedimiento ordinario o vista del juicio verbal; esto contrasta con la Ley de 1881 donde únicamente se alude a que el perito debe intervenir en el juicio para ratificar su informe y contestar a las preguntas formuladas por las partes tendentes al esclarecimiento de los hechos (art. 628).

El perito que debe intervenir en el juicio no es solamente el designado por el juez sino también el perito que elaboró el dictamen aportado por las partes al inicio del proceso (arts. 346 y 337.2, y 338.2 LEC, respectivamente), en ambos casos no sólo las partes pueden solicitar la presencia del perito para que proceda a dar las explicaciones y las aclaraciones que exija el dictamen para su total comprensión por el juez, sino que él mismo, de oficio, podrá acordar su presencia en el juicio cuando así lo estime oportuno para una mejor valoración del informe pericial (arts. 338.2 y 346 LEC).

La solicitud de las partes de la intervención del perito en el juicio puede producirse en distintos momentos dependiendo de si el dictamen pericial fue elaborado por perito designado por ellas mismas o por perito de designación judicial.

En el primer caso, si las propias partes han aportado el dictamen pericial con los escritos iniciales del proceso, será en ese momento, esto es, al presentar la demanda y contestación, cuando deberán manifestar si desean que los peritos autores de esos dictámenes comparezcan en el juicio, expresando “si deberán exponer y explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen” (art. 337.2 LEC).

Esta misma manifestación deberá hacerse cuando actor y demandado, ante la imposibilidad de aportar los dictámenes con la demanda y la contestación, anuncian su aportación posterior, en cuando éste es, precisamente, el supuesto al que se refiere el legislador en el art. 337.2 LEC⁶³.

Por otra parte, en todos aquellos supuestos en que los dictámenes periciales se aportan por las partes en un momento posterior a la demanda y a la contestación, será necesario el traslado del informe a la parte contraria con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio del procedimiento ordinario o vista del juicio verbal para con ello permitir que la parte contraria haga la manifestación a que se refiere el art. 337.2 LEC⁶⁴.

En el segundo supuesto, si el dictamen es emitido por perito designado por el juez, una vez presentado el mismo dentro del plazo fijado, se dará traslado a las partes para que, en su caso, soliciten al juez que ordene la concurrencia del perito en el juicio del procedimiento ordinario o vista del juicio verbal a efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que estime oportunas (art. 346 LEC).

En todos los casos, la intervención del perito en el acto oral del juicio viene condicionada a que el juez la considere necesaria para la mejor comprensión y valoración del dictamen presentado y dicte, por tanto, la correspondiente providencia ordenando la presencia del perito para realizar todas las aclaraciones y rectificaciones oportunas (art. 346 LEC). Expresamente, el art. 347.1.2º LEC señala que el juez “sólo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes e inútiles”. Sin duda, el juez deberá rechazar todas aquellas solicitudes que tengan una finalidad dilatoria del procedimiento en curso. En cambio, la intervención de los peritos será especialmente importante en aquellos casos en que se hayan aportado al proceso dictámenes contradictorios por cada una de las partes.

También el juez podrá ordenar la intervención de los peritos en el juicio del procedimiento ordinario o en la vista del juicio oral, cuando así lo estime conveniente en aras de una mejor comprensión del informe (arts. 338.2 y 346 LEC), tanto si el perito ha sido designado por él mismo como si lo ha sido por las partes.

⁶³ Sin embargo, carece de toda lógica reducir la posibilidad concedida a las partes de solicitar la intervención del perito al caso excepcional regulado en el apdo 1 de este precepto, de ahí que hayamos extendido esta posibilidad también al supuesto general de aportación del informe pericial con la demanda y la contestación. Así lo entienden también FONT SERRA (*El dictamen de peritos...*, op. cit., pág. 125).

⁶⁴ Obviamente, la parte que presenta el informe con posterioridad a los escritos iniciales del procedimiento, deberá también hacer la correspondiente manifestación relativa a la intervención del perito en el momento de la aportación del informe pericial.

7.2.- Citación del perito

Cuando el juez haya acordado la presencia del perito en el juicio del procedimiento ordinario o en la vista del juicio verbal, deberá citarlo con antelación suficiente para que comparezca⁶⁵.

Ya se apuntó al analizar los deberes de los peritos que éstos tienen obligación de comparecen al juicio o vista al que son citados, salvo que se excusen por causa de fuerza mayor u otro motivo de análoga entidad y la excusa sea considerada suficiente por el juez (arts. 182 y 192 LEC)⁶⁶. Al margen de estas situaciones, si el perito no comparece, sin mediar previa excusa, el juez, una vez oídas las partes decidirá si el juicio o vista debe interrumpirse, por considerar imprescindible el interrogatorio del perito o si, por el contrario, si debe continuar (arts. 193 y 292.3 LEC). En el primer caso, la vista deberá reanudarse una vez desaparecida la causa que motivó la interrupción (art. 193.3 LEC)⁶⁷.

7.3.- Actuación del perito en el juicio.

A la concreta actuación de los peritos en el acto del juicio del procedimiento ordinario o vista del juicio verbal se refiere el art. 347 LEC que enumera detalladamente esta intervención de forma amplia pero no exhaustiva con el objeto de que cada parte fije de forma clara su posición sobre los dictámenes aportados al proceso. El legislador pretende con ello que el resultado de la prueba pericial quede lo más claro y delimitado posible, con plena contradicción.

El legislador se inspira en el principio de justicia rogada y establece que la actividad que haya de desplegar el perito venga determinada por las solicitudes de las partes, siempre que el juez las considere pertinentes y útiles por su finalidad y contenido (art. 347.1.2º). En especial las partes podrán pedir, de acuerdo con el tenor literal del precepto:

1.- una exposición completa del dictamen, cuando esa exposición requiera la realización de otras operaciones complementarias del escrito aportado mediante el empleo de documentos, materiales y otros elementos que se hayan aportado anteriormente de conformidad con el art. 336.2 LEC.

⁶⁵ Salvo que las propias partes, de acuerdo con al art. 429.5 LEC se hayan comprometido a presentarlos en el juicio.

⁶⁶ En caso contrario, si el juez estima que la excusa no es suficiente, se lo notificará así al perito, requiriéndole para que comparezca, bajo el apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad judicial (arts. 183.4 y 292 LEC).

⁶⁷ La reanudación deberá tener lugar dentro de los veinte días siguientes, en caso contrario, deberá procederse a la celebración de un nuevo juicio o vista, haciéndose el señalamiento para la fecha más inmediata posible (art. 193.3 LEC).

2.- una exposición del dictamen o de alguno de sus puntos cuando su significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de prueba.

3º.- respuestas a preguntas y objeciones sobre método empleado, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen.

4º.- respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación, así como del plazo necesario para llevarla a cabo.

5º.- crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria.

6º.- formulación de las tachas que se pudieran efectuar al perito.

Por otra parte, también el juez podrá formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre el dictamen aportado, pero no podrá acordar de oficio que se amplíe, salvo que se trate de informes aportados por peritos designados de oficio en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, capacidad de las personas o procesos matrimoniales (art. 347.2 LEC).

8.- VALORACION DEL DICTAMEN PERICIAL

El art. 348 LEC establece que “el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”, siguiendo de esta forma el mismo criterio que el art. 632 de la LEC de 1881.

De esta forma, el legislación da por superada la cuestión, ya resuelta por la doctrina⁶⁸ y la jurisprudencia⁶⁹, relativa a la aparente contradicción existente entre el sistema de valoración libre y el hecho de que la introducción en el proceso del dictamen pericial derive de que el juez carece de determinados conocimientos especializados. Por tanto, el juez no está vinculado a la hora de dictar sentencia por el dictamen pericial, sino que deberá valorarlo de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Ahora bien, los problemas pueden surgir con la posible aportación al proceso de dictámenes contradictorios, al permitirse a las partes aportar al proceso informes de peritos designados por ellas mismas, en estos casos, el juez deberá ponderar:

⁶⁸ Vid. por todos, DE MIGUEL Y ALONSO, C., *La científicidad de la prueba pericial y la libertad de apreciación del juzgador en el proceso civil español*, RDP, 1972, págs. 67 y ss.

⁶⁹ Entre otras, SSTs de 17 de abril de 1978 (RA 1357), 27 de marzo de 1979 (RA 972), 26 de septiembre de 1997 (RA 6863), 28 de enero de 1998 y 24 de febrero de 1999 (RA 1060).

- la coherencia lógica de la argumentación desarrollada en el dictamen, así como la vertida en el acto del juicio o vista por parte del autor del dictamen;
- el método científico utilizado por el perito;
- las operaciones periciales llevadas a cabo por los peritos, así como los medios e instrumentos utilizados;
- y la autoridad científica del perito, así como su mayor objetividad e imparcialidad⁷⁰.

En conclusión, el juez concederá prevalencia a las afirmaciones o conclusiones dotadas de una mayor explicación racional sustentada por una metodología adecuada al caso concreto.

⁷⁰ Este es el momento para tener en cuenta las tachas realizadas por la otra parte, o, como señala FONT SERRA (*El dictamen de peritos...*, op. cit., pág. 196), el juez podrá dar más crédito a los dictámenes de peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes.