

EL DICTAMEN PERICIAL EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE.¹

Resumen.

La nueva regulación de la prueba de peritos en la el código procesal civil español es sumamente importante. La prueba de peritos ha dejado de ser una prueba personal para pasar a ser una prueba real justificada en el la aportación de documentos por los peritos de de cada una de las partes por lo que el perito ya no va a ser el auxiliar del juez.

Palabras claves:

Perito, juez, aportación de documentos periciales.

Abstract.

The new regulation of expert evidence in the Spanish civil procedural code is extremely important. The evidence of experts has ceased to be a personal evidence to become a real evidence justified in the provision of documents by the experts of each of the parties, so the expert is no longer going to be the assistant to the judge.

Key words:

Expert witness, judge, provision of expert documents.

I. Introducción.

¹ Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco (España).
c-electrónico: secretaria@leyprocesal.com. c-electrónico: alorca@ehu.es. Web: www.leyprocesal.com.

Los operadores jurídicos y los doctrinarios aun cuando se puedan mostrar avezados en las cuestiones que suelen agruparse, como una gavilla, en lo referente al dictamen pericial, la manera que por el contrario las han afrontado con ocasión de la entrada en vigor de la vigente ley española de enjuiciamiento civil se mostró un tanto más peliaguda debido, inicialmente, a la multitud de críticas que recibió su nueva regulación desde el momento en que se plasmó en realidad legislativa con la vigente ley de enjuiciamiento civil.

Se dijo que la nueva regulación de este medio de prueba que lleva por rúbrica en la ley de enjuiciamiento civil “Del dictamen de peritos” (Sección 5ª, del Capítulo V, del Título I del Libro II de la ley de enjuiciamiento civil) alusivo, sin duda a su carácter “real”, que era “retrógrada”, “innecesaria” y “perturbadora”;² que su regulación corría el riesgo de lograr “su ineficacia”;³ que su regulación era la de “un verdadero caos normativo”;⁴ que su nueva regulación se ha convertido “en un entramado denso y confuso”;⁵ que la nueva regulación “adolece del error conceptual de mantener la desfasada concepción probatoria de la pericial” o,⁶ que “es susceptible de originar desigualdades materiales para las partes, especialmente, para la más desfavorecida económicamente y para el demandado, limitar el derecho de defensa de los litigantes, y suscitar en el juez la muy difícil tarea de tener que resolver sobre la credibilidad o certeza de dictámenes contradictorios aportados por ambas partes” o,⁷ en fin, que existe una «falta de correspondencia entre las “bondades” proclamadas por el legislador con relación con este medio de prueba y las “dificultades” de aplicación que se iban a encontrar los diferentes operadores jurídicos».⁸

2 SERRA DOMÍNGUEZ, M.: “La prueba pericial”. En: J. Alonso Cuevillas (coord.): *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000*, Tomo II. Editorial Difusión jurídica, Barcelona, 2000. Pág. 284

3 GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: “Del dictamen de peritos”. En: Ley de enjuiciamiento civil (Ley 1/2000) AAVV, coordinador F. Gómez de Liaño. Editorial Forum, Oviedo, 2000. Pág. 387.

4 GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Prueba pericial (arts. 335-353)”. En: *Los procesos civiles*, Tomo III. Editorial Bosch, Barcelona, 2001. Pág. 161.

5 MUÑOZ SABATÉ, L.

6 ALONSO CUEVILLAS y SAYROL, J.: “Principales ideas claves para el estudio de la nueva Ley de enjuiciamiento civil”. En *Actualidad jurídica Aranzadi*, número 428, marzo de 2000. Pág. 4.

7 PICÓ i JUNOY, J.

8 RODRÍGUEZ GARCÍA, N.: “Problemas prácticos que plantea el control de la imparcialidad y objetividad de los peritos en el proceso civil”. En: *Revista del Poder Judicial*. Segundo trimestre 2002, Número 66. Pág. 276.

Resulta evidente que, en el “*a priori*” de tales afirmaciones, destaca la señera característica de los asuntos poco trabajados que, por lo mismo, dan lugar a una mayor holgura en su tratamiento, lo que exige que se adopte una cierta “compostura” acerca del medio de prueba “puesto en cuestión” asumiendo como idea base que el protagonista es el dictamen pericial -no el juez que se auxilia del perito- entendido como uno de los medios de prueba que se podrán usar en el proceso civil (artículo 299.1.4º de la ley de enjuiciamiento civil).

Por ello, es preciso salir al paso de las falsas claridades que puedan derivarse de la pretérita actuación del juez “auxiliado” y comenzar por admitir que ahora sí el dictamen pericial ha de ser considerado como un medio probatorio que no posee en la ley de enjuiciamiento civil una caracterización técnica continuista respecto de la ley de enjuiciamiento civil de 1881.

Al respecto, se contabiliza por lo pronto una solución principal que es preciso esbozar de un trazo: con la vigente ley de enjuiciamiento civil se elimina la común configuración del dictamen pericial como un mecanismo de auxilio del tribunal que provocaba cuestiones, poco menos que, insolubles [o, de difícil resolución] acerca de su concepción como medio de prueba. Se dijo que era “contradictorio” no solo calificar la actividad del perito como prueba cuanto también lo era en base al “destino del dictamen, pues, de un lado, quien ha de poseer la posibilidad de conocer o de apreciar el hecho es el juez y el dictamen persigue dársela”.⁹

Pero, el dictamen que finalmente ha de valorar el juez en su sentencia no va a provenir de un perito que auxilia al juez sino de un perito cuya designación ya no se va a hacer depender del juez que precisa de un perito para que lo auxilie sino, básicamente, su designación se hace recaer en las partes que “podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes” (artículo 335. 1. de la ley de enjuiciamiento civil) y que nos ubicaría en el dictamen que elaboraría un perito de parte -sería el perito de parte- o solicitar esas mismas partes -no el juez-, en los casos previstos en la ley de enjuiciamiento civil “que se emita dictamen por perito designado por el tribunal” (artículo 335. 1. de la ley de enjuiciamiento civil) y que, en cambio, nos situaría en el dictamen que elaboraría un perito designado judicialmente -sería el perito judicial-

9 PRIETO CASTRO, L.: *Derecho procesal civil*. Tomo I. Librería General, Zaragoza, 1946. Pág. 343.

porque así se lo han solicitado las partes al juez sin estar, por tanto, en presencia de un perito que el juez designa para que le auxilie.

Si se observa bien, tanto en un supuesto -perito de parte- como en otro -perito destinado judicialmente a solicitud de parte en el proceso civil-, no se da cabida al perito judicial propiamente dicho designado por el juez y que tendría como cometido auxiliarle.

Técnicamente, solo existe “perito judicial” en los supuestos a que alude el artículo 339.5 de la ley de enjuiciamiento civil según el cual “el tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales”. En definitiva, la actuación de ese “perito judicial” se mutaría en una “prueba de oficio” y, además, restrictivamente en relación a que “sea pertinente” pero no sobre cualquier tipo de proceso civil sino sólo y exclusivamente respecto de los indicados en el artículo 339.5 de la ley de enjuiciamiento civil.

En consecuencia, no existe en la vigente la ley de enjuiciamiento civil nada se le parezca a la “consulenza técnica d’ufficio” del derecho italiano que no constituye un medio de prueba y si una actividad dirigida a la adquisición por el juez de un parecer técnico necesario o cuanto menos útil para valorar los elementos probatorios ya adquiridos o para la solución de cuestiones que conllevan específicos conocimientos (“la consulenza técnica d’ufficio *non costituisce un mezzo di prova, ma è finalizzata all’acquisizione, da parte del giudice, di un parere tecnico necessario, o quantomeno utile, per la valutazione di elementi probatori già acquisiti o per la soluzione di questioni che comportino specifiche conoscenze*”).¹⁰ “Non può essere considerata, a stretto rigore, un mezzo di prova.”¹¹

En el código procesal civil italiano, el “consulente técnico” se incluye entre los “ausiliari del giudice”¹² formando parte de un “procedimento istruttorio integrativo”¹³ pero que no es un medio de prueba sino un auxilio

10 DIPIRRO, M.: *Schemi & Schede di Diritto Processuale Civile. Metodo schematico Simone*. XV Edizione, Napoli, 2019. Pág. 135.

11 ARIETA, G., DE SANTIS, F., MONTESANO, L.: *Corso base di diritto processuale civile*. Setima edizione. Wolters Kluwers. Cedam, Roma-Salerno 2018. Págs. 141, 324, 371, 372, 409.

12 SASSANI, B.: *Lineamenti del proceso civile italiano. Tutela giurisdizionale, procedimenti di cognizioni, cautele, esecuzione*. Giuffrè Editore, Milano, 2017. Págs. 254, 315.

13 DI LORENZO, F.: *Schemi di diritto processuale civile*, V Edizione. Nel Diritto Editore, Molfetta, 2018. Pág. 216

de naturaleza técnica del que puede valerse el juez (“non determina il convincimento del giudice ma gli offre un ausilio di natura tecnica sul quale può fondare per comprendere meglio i fatti di causa”).¹⁴

Por tanto, la denominada “*consulenza tecnica*” en el proceso civil italiano tiene la finalidad de integrar los conocimientos del juez (“a lo scopo di integrare le conoscenze del giudice”) ¹⁵ para los casos en que para valorar una prueba son precisos conocimientos técnicos que el juez no posee] “(nei casi in cui per percepire o per valutare una prova sono necessarie delle cognizioni tecniche di cui il giudice non è fornito)”¹⁶ con el fin de suministrarle no ya datos objetivos del caso concreto como también los instrumentos lógicos, científicos o de experiencia necesarios para la valoración de esos mismos datos (“ciò perche (...) compito suo è quello di fornire al giudice non già i dati obbiettivi del caso concreto, bensì gli strumenti logici, scientifici o d’esperinza necessari per la rivelazione e la valutazione dei dati medesmi”).¹⁷ La consulenza no es un medio de prueba y sí un medio para que el juez pueda proceder a valorar (“non è dunque un mezzo di prova, ma un mezzo d’interpretazione dell’organo dell’istruzione”).¹⁸

En efecto, “in realtà la consulenza tecnica è lo strumento al quale il giudice ricorre quando risulta che, per accertare i fatti della causa, è necessario l’impiego di *conoscenze tecniche o scientifiche particolari* che vanno al di là della cultura media, e delle quali comunque il giudice non dispone” [se acude a la “consulenza técnica” cuando se trata de cuestiones técnicas o científicas que no entran en el ámbito de la cultura y conocimiento que habitualmente el juez no dispone].¹⁹

El modelo se reproduce con el denominado “*expertise*” del área de influencia francófona en el que el experto aporta conocimientos que el juez no posee y, por tanto, es un auxiliar del juez («par “expertise”, on désigne la procédure par laquelle le juge commet une personne déterminée à l’examen de certains faits dont la constatation requiert des connaissances spéciales et s’en fait communiquer les résultats. L’expert apparait donc comme un

14 Ibidem.

15 LIEBMAN, E. T.: *Manuale di diritto processuale civile. Principi*. Giuffrè Editore, Milano, 1992. Págs. 322, 336, 347, 348, 353, 369, 406, 407, 411 y 417.

16 Ibidem.

17 Ibidem.

18 Ibidem.

19 COMOGLIO, L. P., FERRI, C. y TARUFFO, M.: *Lezioni sul processo civile*. Segunda edición. Il Mulino., 1998. Pág. 679.

spécialiste, auxiliaire du juge» [el experto aporta conocimientos que el juez no posee y, por tanto, es un auxiliar del juez].²⁰

El “*expertise*” es un técnico que no puede sustituir al juez (“le technicien ne peut être substitué au juge pour dire le droit ou le fait contesté”)²¹ al que le corresponde ejercer su cometido sin hallarse sujeto a la opinión del experto (“le pouvoir juridictionnel n’appartient qu’au magistrat qui n’est d’ailleurs pas lié par l’avis de l’expert”).²²

Semejante “naturaleza y funciones” de la “*consulenza tecnica*” al “modo italiano” o del “*expertise*” del área de influencia francófona o del dictamen pericial al “modo de la ley de enjuiciamiento civil de 1881” han sido periclitadas por la vigente ley de enjuiciamiento civil.

En el área hispanoamericana, la existencia del perito “auxiliador” es, igualmente, una constante legislativa. Sirva de ejemplo el código procesal civil chileno respecto del que «la característica central sobre la base de la cual se estructura la prueba pericial en el sistema procesal vigente es que los peritos son concebidos fundamentalmente como “auxiliares de la administración de justicia” o como “peritos del tribunal”, es decir, expertos que ponen su conocimiento especializado al servicio de las necesidades de la convicción del tribunal., sin considerar de manera relevante los intereses de las partes o comportándose en forma completamente neutral o imparcial respecto de ellas”.²³

II. La azarosa historia que acompaña al perito en el “modo” que lo concibió la ley española de enjuiciamiento civil de 1881.

La azarosa historia que acompaña a este “medio probatorio”, evidencia que la ley de enjuiciamiento civil de 1881 lo conceptuaba como un mecanismo de auxilio del tribunal que, como tal, no era un medio de prueba, cuanto más bien un “enjuiciamiento” de una persona distinta al tribunal que fácilmente se convertía en el “auténtico tribunal” en la medida en que cuanto mayor era la carencia de conocimientos técnicos o de similar índole

20 HABSCHIED, W. J.: *Droit judiciaire privé suisse*. Georg et Librairie de l’Université, Genève, 1975. Pág. 402.

21 FETTWEIS, A.: *Manuel de procedure civil*. Faculté de Droit de Liège, Liège, 1987. Pág. 380.

22 Ibidem.

23 DUCE, J. M.: *La prueba pericial y su admisibilidad en un nuevo proceso civil, en Justicia civil y comercial: una reforma cercana*. Publicación realizada con el apoyo financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el desarrollo (AECID), Santiago de Chile, 2011. Pág. 111.

del juez o magistrado tanto más dependía del “enjuiciamiento” del perito. Y ¿era sensato conferir relevancia jurídica a lo que se ubicaba extramuros del universo intelectual del juez o magistrado?

En el recinto normativo de la ley de enjuiciamiento civil de 1881, las consecuencias de ese planteamiento no se dejaban esperar: en el contexto de la siempre necesaria libre apreciación de la prueba, el tribunal se auxiliaba de las explicaciones del perito. Incluso, en cuestiones extremadamente complejas, algunos tribunales ni siquiera llegaban a aprehender el auxilio del auxiliante.

En tales supuestos, el tribunal caía en la total dependencia del perito en modo tal que, la libre apreciación de su auxilio [“según las reglas de la sana crítica”: artículo 632 ley de enjuiciamiento civil de 1881], no quedaba demasiado bien parada. Las propuestas del perito auxiliante eran determinantes para el tribunal auxiliado.

Por descontado que ya no va a ser posible la confusión, el enredo o el embrollo entre el perito auxiliante y el tribunal auxiliado a que era proclive la ley de enjuiciamiento civil de 1881.

En efecto, con la ley de enjuiciamiento civil de 1881 los dictámenes del perito auxiliante si bien “se acompañaban habitualmente por las partes con la demanda y con la contestación a la demanda, como documentos fundadores de sus argumentaciones de naturaleza técnica o especializada, era difícil saber qué valor se les podía atribuir ya que para nuestra jurisprudencia: 1°. -Se trata de documentos periciales, ratificados habitualmente por los expertos que los habían emitido, a través de la prueba de testigos: sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1.998 2°. -No tenían la naturaleza probatoria de los documentos: sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1.992 3°. -Tampoco podían valorarse los dictámenes como declaraciones testificales, dado que incorporaban juicios de valor: sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1.965 4°. -Desde luego, no podían considerarse dictámenes emitidos a través de la prueba de peritos: sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1.998 5°. -Aunque, de todos modos, se trataba de conclusiones técnicas, que el juzgador podría tener en cuenta en el momento de la valoración conjunta de la prueba: sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1.990”.²⁴

24 BAENA RUIZ, E: *Roj: STS 5619/2015 - ECLI: ES:TS:2015:5619. Id Cendoj: 28079110012015100710. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid Sección: 1. Fecha: 15/12/2015. N° de Recurso: 2006/2013. N° de Resolución: 702/2013 Procedimiento: CIVIL. Tipo de Resolución: Sentencia.*

Esa vetusta, añosa y rancia concepción del perito auxiliar de un juez omnisciente con la que se ofertaba un modelo de proceso civil autoritario, burocrático y de “despacho” (*Kabinett der Justize*) en el que las partes y sus abogados ocupaban un lugar irrelevante, pretendía salir al paso de su propia inoperancia justificada en sus desconocimientos técnicos que podría cuestionar, incluso, su *status* de “autoridad”.

A ese contexto, respondería todavía -vigente ya la ley de enjuiciamiento civil 1/2000- un proceso civil en el que “la calidad procesal que se reconoce al dictamen de peritos es la de elemento auxiliar para la valoración probatoria que corresponde llevar a cabo al juzgador”. O, el proceso civil en el que “el cometido que la ley -es la vigente ley de enjuiciamiento civil de 2000- asigna al perito en el proceso no consiste en la producción o enunciación de resultados probatorios, sino en la aportación de aquellos conocimientos especiales, que sean propios de su ciencia, arte o técnica y de los cuales pueda servirse el juzgador para establecer sus conclusiones de prueba sobre los hechos discutidos”.²⁵

Pese a las anteriores indicaciones -ya vigente la ley de enjuiciamiento civil 1/2000-, no va a ser posible la confusión, el enredo o el embrollo entre el perito auxiliante y el tribunal auxiliado a que era proclive la ley de enjuiciamiento civil de 1881.

III. El contexto normativo de la vigente ley de enjuiciamiento civil.

La vigente ley de enjuiciamiento civil, al abordar la reforma de la pericia procede a otorgar “naturaleza de prueba pericial a los llamados dictámenes periciales extrajudiciales, obtenidos fuera del proceso, facultando a las partes para que los aporten con sus escritos de alegaciones e, incluso, permitiéndoles aportarlos posteriormente, - aunque siempre con anterioridad al juicio o vista-, cuando la necesidad de aportarlos surja de actuaciones procesales posteriores”.²⁶

Y para aclarar, aún más si cabe, donde ubicarse conviene leer la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil en la que se indica que «... con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en

25 ARZANEGUI SARRICOLEA, J. M^a.: *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. En: A. M^a. Lorca Navarrete. Año 2002. Volumen II. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012. Pág. 509.

26 BAENA RUIZ, E., ob. cit.

que ha de satisfacerse un interés público, esta ley -es la ley de enjuiciamiento civil 1/2000- se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como medio de prueba en el marco de un proceso, en el que (...), no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegar y probar. Y por ello, se introducen los dictámenes de peritos designados por las partes y se reserva la designación por el tribunal de perito para los casos en que así le sea solicitado por las partes o resulte estrictamente necesario (...). Así, la actividad pericial, cuya regulación decimonónica reflejaba el no resuelto dilema acerca de su naturaleza -si medio de prueba o complemento o auxilio del juzgador-, responde ahora plenamente a los principios generales que deben regir la actividad probatoria».

Entonces irrumpe, en el nuevo escenario en el que se va a proyectar el dictamen pericial, una objeción planteada por algunos doctrinarios; a saber: con la opción de la ley de enjuiciamiento civil se origina una “privatización” de la actividad del perito que ya no auxilia al tribunal sino que se alinea con las partes que le pagan su dictamen pericial y “que son las que deben aportar los dictámenes periciales” y,²⁷ en línea con esa idea de “privatización” se ha indicado quizás con cierto matiz demagógico y socializante (de cierto matiz populista) que “la prueba pericial es una prueba cara, y que la privatización plena, si bien responde al principio de aportación de parte, puede en cambio quebrantar el principio de igualdad”.²⁸

De cualquier modo, guste o no la “privatización” en general y la de la pericia en particular, no ha de ser considerada como un elemento distorsionante de la igualdad de las partes en el proceso civil, ya que la ley de enjuiciamiento civil garantiza que la parte pueda estar asistida de perito (judicial) si es titular del derecho de asistencia jurídica gratuita (artículo 399.1. de la ley de enjuiciamiento civil); de modo que si la parte no puede pagar el perito o simplemente desea que sea el tribunal quien designe el perito que les haga el dictamen, puede solicitar su designación judicial (perito judicial) para que realice los respectivos dictámenes periciales (artículo 399 de la ley de enjuiciamiento civil).

27 PICÓ i JUNOY, J.

28 FLORES PRADA, I.: *La prueba pericial de parte en el proceso civil*. Tirant Monografias, Valencia, 2005. Pág. 148.

En el ánimo de la postulación de esas denominadas por algunos “doctrinas privatistas”, impera la añoranza de un perito auxiliador del juez (a la “vieja usanza” de la ley de enjuiciamiento civil de 1881) que asume el cometido de proporcionarle las máximas de experiencia técnica o similares que el tribunal no conocía.

Pese a tales indicaciones, *il va sans dire* que la pericia sustentada en el dictamen pericial de parte -perito de parte bien designado por la parte o bien designado judicialmente-, otorga carta de naturaleza a la conversión, en prueba, a los dictámenes periciales. O sea, la pericia va a ser la prueba del dictamen del perito de parte. No la prueba del perito auxiliador. Luego, van a ser las partes las que asuman un papel relevante y esencial en orden al desarrollo de este medio de prueba: en esencia la prueba del perito de parte. Por tanto, y desde el punto de la conceptualización del dictamen pericial, la nueva regulación de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000 sí que introduce elementos para obligar a una reformulación de este medio probatorio a pesar de que contrariamente se indique que “desde el punto de vista del concepto, la nueva regulación [del dictamen pericial] no introduce ningún elemento que obligue a una reformulación del mismo”.²⁹

Y puesto que, el objeto de estas reflexiones consiste en contrastar ideas, y no en buscar la confrontación (dialéctica, claro) con personas, es incontrovertible la necesidad de postular la postura opuesta: la pericia es uno de los medios probatorios que, en la ley de enjuiciamiento civil 1/2000, mayores reformulaciones ha tenido.

Por tanto, “la modalidad de prueba pericial por medio de dictámenes de peritos designados por las partes es, sin lugar a dudas, una de las principales innovaciones introducidas por la nueva ley de enjuiciamiento civil en la prueba de peritos”.³⁰ En definitiva, “que respecto de la valoración de la prueba pericial se ha de señalar que la modalidad de prueba pericial por medio de dictámenes de peritos designados por las partes es, sin lugar a dudas, una de las principales innovaciones introducidas por la nueva ley de enjuiciamiento civil. Al permitirse, por los artículos 336 y ss. ley de enjuiciamiento civil, la prueba a través de dictámenes elaborados por peritos designados por las partes, se otorga naturaleza probatoria a los llamados

29 ESPARZALEIBAR, I.: *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Valencia, 2000. Pág. 59.

30 KELLER ECHEVARRIA, M^a del C.: *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento*

dictámenes periciales extrajudiciales, producidos fuera del proceso, que las partes acostumbran a acompañar a sus escritos de alegaciones, adaptándose la prueba pericial a la realidad de nuestro foro”.³¹

Al respecto, “la ley de enjuiciamiento civil de 2000 apostó de manera audaz por el modelo anglosajón”³² en el que “el perito de designación judicial es marginal, siendo habitual el dictamen pericial de parte”.³³

En efecto y por lo que al modelo de perito que dentro del *common law* aporta el derecho inglés, lo habitual será que “en casos complejos o relativamente importantes, cada parte buscará que se pueda nombrar a su perito o peritos”.³⁴ Y “a pesar de que los peritos designados por las partes tienen la obligación de ser imparciales y deben reconocer que tienen un deber primordial con los tribunales, a menudo se ha sospechado que su testimonio puede estar adaptado para la conveniencia de la parte que lo nombra. Sobre este aspecto Lord Bingham comentó en una decisión de 1996:

“Por cualquier razón, consciente o inconscientemente, lo cierto es que los peritos instruidos en nombre de las partes litigantes, a menudo tienden (...) a abrazar la causa de aquel que los instruyo en una mayor o menor medida, siendo en ocasiones más partidarios que las propias partes”.

Pero el problema de falta de neutralidad se exagera con facilidad. Cabe recordar que el tribunal tiene la última palabra: el sistema de los “peritos asociados a la parte” a menudo inyecta un escepticismo saludable, debate y “honestidad intelectual” en el proceso de tomar un punto de vista sobre cuestiones de opinión y por ende discutibles”.³⁵

IV. Concepto de la pericia y su carácter “real”.

La pericia entendida como sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte, se encuentra conceptuada en el artículo 335.1. de la

civil 1/2000. Año 2004. Volumen IV. En: A. M^a. Lorca Navarrete. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2014. Pág. 253.

31 BAENA RUIZ, E., ob. cit.

32 NIEVA FENOLL, J.: *Derecho procesal II. Proceso civil*. Marcial Pons, Madrid, 2015. Págs. 204, 210.

33 *Ibidem*.

34 ANDREWS, N.: *Justicia civil inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias*. Traducción de Álvaro Pérez-Ragone y Antonio Morales Mutis. Editorial Temis, Bogotá 2013. Págs. 123, 124, 144.

35 *Ibidem*.

ley de enjuiciamiento civil que permite definirla como la emisión de un dictamen por quien posea conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos.

A través de la anterior definición de la pericia que adopta la ley de enjuiciamiento civil, se origina una importante consecuencia consistente en eludir su conceptualización personal -o sea, el perito-, para pasar a justificar la conceptualización de la pericia como “real” en la que verdaderamente interesa la *res* [el dictamen] y no tanto que al tribunal le salga un coadyuvante (o auxiliador) que le proporciona las máximas de experiencia técnica o de cualquier otra índole que no conoce.

No obstante, aún hoy existe opinión doctrinal que sostiene el carácter “personal” de este medio de prueba al afirmarse que la vigente ley de enjuiciamiento civil “sigue configurando la pericia como un medio de prueba personal, en el que la persona que debe prestar su declaración conoce los hechos sobre los que declara procesalmente, en virtud de un encargo del juez”.³⁶ Claro está, se esta pensando aún en el perito judicial auxiliante.

V. El perito.

El perito es quien posee los conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos en orden a valorar hechos o circunstancias relevantes para el objeto del proceso civil o para la certeza sobre tales hechos o circunstancias para lo cual emite un dictamen. Para emitir el dictamen es preciso tener en cuenta una serie de puntualizaciones.

El perito ha de poseer título profesional. El artículo 340.1. de la ley de enjuiciamiento civil establece [preceptivamente] que los peritos “deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste”.

El perito no ha de poseer título profesional. Solo cuando se trata de materias “que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales” es cuando “habrán de ser nombrados [peritos] entre personas entendidas -dice la ley de enjuiciamiento civil- en aquellas materias” (artículo art. 340.1. de la ley de enjuiciamiento civil). En consecuencia, no se discrimina al perito

36 RIVERA GONZÁLEZ, M.: “Los procesos declarativos ordinarios: la prueba y el juicio verbal”. En: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. Año LV de 1 de febrero de 2001, Número 1886. Pág. 510.

según que posea o no título profesional; no se discrimina al perito según que haya sido designado por la parte o por el tribunal; no se discrimina al perito porque el dictamen sea de un perito de parte o de un perito judicialmente designado; no se discrimina al perito porque no este adscrito a un colegio profesional.

No existen peritos de diversa condición profesional. En definitiva, la ley de enjuiciamiento civil no apela a peritos de “primera”, que serían los titulados, respecto de otros no titulados que serían peritos de “segunda condición o aptitud”.

Y, conjuntamente con la persona física-perito, también puede solicitarse dictamen de academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia, sin perjuicio de que, sobre cuestiones específicas, puedan emitir dictámenes las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello. En esos casos, la institución a la que se encargue el dictamen debe expresar, a la mayor brevedad, qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo.

El perito ha de prometer o jurar. Conviene tener presente que el perito, al emitir el dictamen, debe -es preceptivo- “manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad” (artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil) y que “ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible” (artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil) y que “salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto” (artículo 335.3. de la ley de enjuiciamiento civil).

El perito ha de actuar con la mayor objetividad. El dictamen ha de ser realizado, según el artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil, “con la mayor objetividad posible” que la ley de enjuiciamiento civil pretende salvar mediante la denominada tacha del testigo por cuanto el sistema de recusación queda reservado para los peritos designados judicialmente. No, para los peritos “de parte” que, en cambio, podrán ser tachados. El perito tiene que realizar su dictamen con objetividad.

La objetividad del perito. Esa objetividad es la “mayor”. O sea, la que excede en cantidad o calidad y que se obtiene “tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito” (artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil). Lo indicado es suficiente para

poder valorar la objetividad de su dictamen, aunque el artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil “contiene sólo una norma admonitiva, no preceptiva, ni valorativa de prueba”.³⁷

VI. El perito de parte.

La ley de enjuiciamiento civil admite con el carácter de inédita, la existencia del perito de parte.

El perito de parte surge en la ley de enjuiciamiento civil cuando procede a sugerir, tanto al demandante como al demandado, la posibilidad de aportar con la demanda y contestación de la demanda, los dictámenes periciales “que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos” (artículo 336.1. de la ley de enjuiciamiento civil). Son los dictámenes elaborados por peritos de parte o encargados por la parte. Las cuestiones que se plantean con la irrupción de perito de parte en la ley de enjuiciamiento civil son de muy variada índole.

¿Cuándo aporta el perito de parte su dictamen? Según la ley de enjuiciamiento civil, “al demandante le es posible aportar con la demanda dictámenes escritos elaborados por perito por él designado, si no justifica cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquélla -de la demanda- hasta la obtención del dictamen”. Por su parte, “el demandado que no pueda aportar dictámenes escritos con la contestación a la demanda deberá justificar la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar” (artículo 336. 3. y 4. de la ley de enjuiciamiento civil). A lo que se une que “a instancia de parte”, el tribunal puede acordar que se permita al demandado examinar, por medio de abogado o perito, las cosas y los lugares cuyo estado y circunstancias sean relevantes para su defensa o para la preparación de los informes periciales que pretenda presentar. Y cuando se trate de reclamaciones por daños personales, puede instar al actor para que permita su examen por un facultativo, a fin de preparar un informe pericial (artículo 336.5. de la ley de enjuiciamiento civil).

37 HOYA COROMINA, J.: *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. Año 2001. Volumen I. En: A. M^º. Lorca Navarrete. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2011. Págs. 65, 176, 364.

Presunción sobre la aportación del dictamen. Se presume que el demandante debió aportar sus dictámenes periciales con su demanda salvo que justifique cumplidamente que ha tenido que interponerla sin acompañamiento de tales dictámenes, a diferencia del demandado, que ha de justificar únicamente la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar. O incluso, justificar que debía examinar “las cosas y los lugares cuyo estado y circunstancias sean relevantes” -o, también la persona del demandante- para el dictamen que desea aportar

El dictamen del perito se ha de aportar por escrito. Los dictámenes que se aportan por el actor y el demandado deben formularse por escrito. El carácter indicativo y referencial de la estructura del dictamen a que alude el artículo 336.2. de la ley de enjuiciamiento civil, exige aludir a un dictamen acompañado, en su caso, de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para que el perito pueda exponer el objeto de la pericia. Si no es posible o conveniente aportar esos documentos e instrumentos, el dictamen contendrá las indicaciones suficientes sobre ellos, pudiendo hacerse acompañar el dictamen de documentos que se estimen adecuados para su más acertada valoración. Esa regla general, se excepciona cuando exista anuncio de dictámenes periciales cuando no se puedan aportar con la demanda o contestación a la demanda y se proceda a una aportación posterior de dictámenes periciales (artículo 337. 1. de la ley de enjuiciamiento civil).

Excepciones a la aportación de dictámenes. La ley de enjuiciamiento civil prevé que, la regla general consistente en que los dictámenes periciales han de ser aportados en la demanda y contestación se excepciona en los supuestos en que a las partes no les sea posible realizar esa aportación. También se excepciona la regla general cuando se trate de la aportación de dictámenes periciales en función de actuaciones procesales posteriores a la demanda (artículo 338 de la ley de enjuiciamiento civil). O sea, se permite la aportación de dictámenes periciales cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o se justifique en las alegaciones o pretensiones complementarias que es posible plantear en la fase intermedia de audiencia previa al juicio de las partes en el proceso declarativo ordinario.

¿Actividad del perito en el juicio? Aportados los dictámenes, las partes deben manifestar si desean que los peritos autores de los dictámenes comparezcan en el juicio del proceso declarativo ordinario o en la vista del proceso declarativo verbal y expresar si deben exponer o explicar su

dictamen o responder a preguntas u objeciones o propuestas de rectificación o intervenir, en fin, de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen que han realizado en relación con lo que sea objeto del proceso civil.

VII. El perito designado judicialmente.

La ley de enjuiciamiento civil regula, igualmente, el perito de parte designado judicialmente para cuando las partes soliciten esa designación judicial. Técnicamente no es un perito “de parte” porque no es la parte quien procede a encargarle al perito que proceda a realizarle un concreto dictamen, aunque si es la parte -y, no el juez- la que justifica la actividad del perito, aunque no sea el perito el que deba proceder por encargo suyo sino el designado judicialmente. Por tanto, en el perito de parte designado judicialmente concurre el deseo de la parte de obtener un dictamen -la *res*-. No, en cambio, la concreta “persona” de un perito. Pues bien, tales previsiones de la ley de enjuiciamiento civil se proyectan en varios ámbitos.

La primera, alude a que el perito de parte designado judicialmente irrumpe en el proceso civil porque la parte no puede pagarse un perito para lo cual la parte ha de ser titular del derecho de asistencia jurídica gratuita. La parte titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no se halla obligada a aportar con la demanda o contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo a los efectos de que se proceda la designación judicial de perito (perito judicial) conforme a la ley asistencia jurídica gratuita “designándolo el tribunal entre el personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales...”³⁸ O sea, que la designación de perito para la parte que no posee recursos económicos ha de hacerse entre el personal técnico adscrito al tribunal.

La segunda de las previsiones concierne a que el demandante o el demandado “en sus respectivos escritos iniciales” soliciten que se proceda a la designación judicial de perito “si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial” (artículo 339.2. de la ley de enjuiciamiento civil) aun cuando las partes puedan pagarse su propio perito.

38 HUERTA SÁNCHEZ, M^a. E.: *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. Año 2004. Volumen IV. En: A. M^a. Lorca Navarrete. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián , 2014. Pág. 482.

1. Designación judicial del perito.

La regla general sobre la designación judicial de peritos estriba en la designación de perito único “por cada cuestión o conjunto de cuestiones que hayan de ser objeto de pericia y que no requieran, por la diversidad de su materia, el parecer de expertos distintos” (artículo 339.6. de la ley de enjuiciamiento civil).

Pero ¿cuándo se procede a la designación judicial de perito? La designación judicial de perito debe realizarse en el plazo -de cinco días- desde la presentación de la contestación a la demanda con independencia de quien haya solicitado la designación. Aunque puede procederse a la designación judicial de perito en la fase intermedia de audiencia previa al juicio cuando en el proceso declarativo ordinario y a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en esa fase intermedia de audiencia previa, las partes solicitan de perito judicial para que dictamine (artículo 427.4. de la ley de enjuiciamiento civil). Y en el trance de un bis, similares trámites pueden adoptar el tribunal en el proceso declarativo verbal inmediatamente antes de la celebración de la vista (artículo 339.3. de la ley de enjuiciamiento civil).

¿Se encuentra el tribunal vinculado por la solicitud de las partes de designar un perito judicial? La respuesta es afirmativa. El tribunal se halla vinculado por esa solicitud si las partes “entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial” por lo que “en tal caso, el tribunal procederá a la designación” (artículo 339.2. de la ley de enjuiciamiento civil). En cambio, si a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la en la fase intermedia de audiencia previa al juicio del proceso declarativo ordinario, las partes solicitan “la designación por el tribunal de un perito que dictamine, lo acordará éste así [el tribunal], siempre que considere pertinente y útil el dictamen”. Y del mismo modo actuará el tribunal cuando se trate de juicio verbal y las partes solicitan en la vista designación de perito, en cuyo caso se procede a interrumpirla [la vista] hasta que se realice el dictamen (artículo 339.3. de la ley de enjuiciamiento civil).

2. Acuerdo o desacuerdo sobre la designación judicial del perito y la lista corrida.

El acuerdo sobre la designación de perito judicial único. Tiene lugar si las dos partes [ambas dos] han solicitado inicialmente la designación judicial

de perito, en cuyo caso el tribunal puede designar un único perito que emita el dictamen solicitado por ambas partes si se muestran conformes en la designación de un único perito. En este caso, el abono de los honorarios del perito corresponde realizarlo a ambas partes por mitades iguales, sin perjuicio, una vez más, de lo que puede acordar el tribunal en materia de costas (artículo 339.2. de la ley de enjuiciamiento civil). El acuerdo sobre la designación judicial de perito único vincula al tribunal cuando las partes que lo han solicitado están “además de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo acordará el tribunal” (artículo 339.4. de la ley de enjuiciamiento civil).

El desacuerdo sobre la designación judicial de perito único. Si no existe acuerdo por ambas partes para designar perito judicial, el tribunal ha de proceder a la designación de perito y el dictamen pericial que se elabore será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que el tribunal pueda acordar en materia de costas (artículo 339.2. de la ley de enjuiciamiento civil). Pero ¿cómo? Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 341 de la ley de enjuiciamiento civil que prevé la metodología de la denominada “lista corrida”

En el modelo de litigación civil que acoge la ley de enjuiciamiento civil, el procedimiento para la designación judicial de perito se caracteriza por preterir el mecanismo de insaculación justificado en el sorteo de peritos que contemplaba la ley de enjuiciamiento civil de 1881 (artículo 616 de la ley de enjuiciamiento civil de 1881) y lo sustituye por el de designación de perito a través de lista corrida basada en las listas facilitadas por los Colegios profesionales y entidades análogas. En base a ellas, se procede a la designación por orden correlativo a partir de una primera designación por sorteo.

La lista corrida no posee antecedentes. El sistema de designación a través de lista corrida -que no posee antecedentes en la ley de enjuiciamiento civil de 1881-, se encuentra sujeto a un periodo ordinario de propuesta consistente en que en el mes de enero de cada año se interesara por el tribunal de los distintos colegios profesionales o entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos.

¿En qué consiste el sistema de designación de perito a través de lista corrida? El sistema de designación de perito a través de lista corrida consiste en que la primera designación de cada lista remitida se efectúa por sorteo realizado en presencia del letrado de la administración de justicia y a partir

de esa primera designación corren o se efectúan las siguientes designaciones por orden correlativo (artículo 341.1. de la ley de enjuiciamiento civil).

La lista corrida no discrimina al perito. El sistema de designación de perito a través de lista corrida es, igualmente, aplicable a la designación como perito a persona que, sin título oficial, sea práctica o entendida en la materia siempre y cuando se proceda a la previa citación de las partes. Para estos supuestos, se usa una lista de personas que cada año se solicita de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas y que debe estar integrada por al menos cinco de esas personas. Y si por razón de la singularidad de la materia del dictamen, *únicamente* se dispone del nombre de una persona entendida o práctica, se pedirá el consentimiento de las partes y si todas las partes lo otorgan se procederá a designar perito a esa persona.

3. Llamamiento del perito judicial designado.

En el mismo día o siguiente día hábil a la designación, el letrado de la administración de justicia la comunica al perito titular, requiriéndole para que -en el plazo de dos días- manifieste si acepta el cargo.

Si el perito acepta el cargo se efectúa el nombramiento y el perito procede a prestar juramento o promesa.

Si el perito no acepta el cargo ha de alegar justa causa que le impida la aceptación y si el letrado de la administración de justicia la considera suficiente es sustituido por el siguiente de la lista [el perito se corre en la lista corrida] y así sucesivamente se van corriendo los peritos hasta que se pueda efectuar el nombramiento.

4. Provisión de fondos del perito judicial designado.

El perito designado, que acepta el cargo una vez nombrado, puede solicitar la provisión de fondos que considere necesaria que será a cuenta de la liquidación final de su pericia. En la solicitud de provisión de fondos, el perito encuentra en la ley de enjuiciamiento civil el tutelaje del letrado de la administración de justicia en línea con la progresiva eliminación de la Jurisdicción del ámbito normativo del proceso civil, no tanto porque decide sobre la provisión solicitada, cuanto también, porque es el letrado de la administración de justicia y no el juez, quien mediante decreto decreta a la parte o partes que no tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita, a que procedan a abonar la cantidad fijada -en el plazo de cinco días-. Si

transcurre ese plazo y no se procede al depósito, el perito queda eximido de emitir el dictamen sin que pueda procederse a una nueva designación.

Si el perito no obtiene la provisión de fondos de una de las partes y ha sido designado de mutuo acuerdo por ambas partes, se procede a ofrecer a la otra parte la posibilidad de completar la cantidad que falte indicando, en ese caso, los puntos sobre los que deba versar el dictamen o puede la parte recuperar la cantidad depositada quedando el perito eximido de emitir el dictamen.

5. Aportación del peritaje mediante métodos electrónicos.

El perito judicial debe emitir su dictamen por escrito que ha de hacerlo llegar al tribunal por medios electrónicos -es preceptivo- en el plazo que se le indique. Y de ese dictamen se da traslado por el letrado de la administración de justicia a las partes por si consideran que el perito concurra al juicio del proceso declarativo ordinario o a la vista del proceso declarativo verbal con el fin de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. Aunque el tribunal, puede acordar, en todo caso -mediante providencia-, que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado (artículo 346 de la ley de enjuiciamiento civil).

VIII. El perito judicial.

El tribunal puede designar perito de oficio para que proceda a auxiliarlo, pero únicamente para cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales. O sea, procesos de marcado carácter inquisitivo tal y como conceptúa esa inquisición cierta doctrina.

El perito judicial si bien es nombrado de oficio y actúa de oficio a instancia del juez que lo ha designado, no se conceptúa como prueba de oficio. El perito judicial no es posible conceptuarlo tampoco como medio de prueba y menos aún como un medio de prueba de oficio y sí como un “asesor” (“*consulente*”) técnico que actúa de oficio al que la ley de enjuiciamiento civil desea, además, que el juez acuda, pero restrictivamente.

Según la ley de enjuiciamiento civil, cuando el juez acude a un “asesor” técnico para que le auxilie, se le exige, a más, que su dictamen lo considere “pertinente” lo que sería homologable a un “juicio de suficiencia” respecto

del perito que ha de auxiliarlo ya que “lo que se está sugiriendo es que el juez debe ser responsable de la decisión de quien es el experto nombrado para el caso”.³⁹

IX. Actividades del perito con ocasión de la emisión de su dictamen pericial.

La actividad del perito se justifica en la emisión escrita del dictamen a la que le pueden acompañar “otras actividades” que es posible que desarrolle con esa finalidad el perito. En concreto:

1. “Operaciones periciales” del perito.

La ley de enjuiciamiento civil prevé que, en particular el perito realice concretas “operaciones periciales” como el “reconocimiento de lugares, objetos o personas o la realización de operaciones análogas” (artículo 345.1. de la ley de enjuiciamiento civil) aunque no termina por tipificar cuales puedan ser esas “operaciones periciales” análogas que demanda la emisión del dictamen pericial; pues conjuntamente con “operaciones periciales” que concreta como el reconocimiento de lugares, objetos o personas alude también a “la realización de operaciones análogas” que pueden comprenderse en cualquier “operación pericial” que se requiera a consecuencia del dictamen pericial a realizar.

2. Presencia de las partes en las operaciones periciales del perito.

La “operación pericial” puede ser presenciada por las partes y sus defensores siempre y cuando que con esa presencia “no se impida (e) o estorbe(a) la labor del perito” ni se impida “garantizar el acierto e imparcialidad del dictamen” (artículo 345.1. de la ley de enjuiciamiento civil). Se establece un principio general posibilista absolutamente criticable consistente, incomprensiblemente, en que es posible [o, no] presenciar las “operaciones periciales” que requieran la emisión del dictamen (artículo 345.2. de la ley de enjuiciamiento civil).

Ese “extraño posibilismo” fruto de un rancio judicialismo, puede producirle a la parte indefensión y vulneración de la garantía procesal

39 VÁZQUEZ, C.,: “¿Cómo mejorar la regulación sobre la(s) prueba(s) pericial(es)? Un marco para incentivar la comprensión judicial de las afirmaciones periciales”. En: *Hechos y razonamiento probatorio*. Zela Grupo editorial y Editorial CEJL, Perú, 2019. Pág. 395.

de tutela judicial efectiva si “el perito no se ha valido de los documentos obrantes en los autos sino que se trasladó a las dependencias del Banco Guipuzcoano S.A. y ha analizado la documentación facilitada por la entidad, sin que la parte actora pudiera estar presente cuando se examinaron los documentos”.⁴⁰ Lo que supuso que “el perito examinó los documentos aportados por las partes al procedimiento [y], así lo hace constar en su informe, si bien, para mayor seguridad, y para tener un conocimiento más amplio de la cuestión debatida se traslada a la sede de la entidad demandada, y allí examina los documentos y también los soportes informáticos, comprobando que uno y otro se corresponden y que coincide, además, con la documentación aportada al procedimiento”.⁴¹

Y en lo concerniente al criterio del “posibilismo” aludido más arriba, el desconcierto es mayúsculo en lo que atañe, a que «en todo caso afirma el artículo 345 que las partes “podrán” presenciar la labor del perito y [que] el tribunal en este caso decidirá lo que proceda». ⁴² Ante este “estado de la cuestión” que huye de la laboriosidad de la parte que desea estar presente en las “operaciones periciales”, concurre una doble argumentación. Una que ya resulta redundante; a saber: que “el precepto -es el artículo 345 de la ley de enjuiciamiento civil- deja al tribunal la decisión sobre la presencia de las partes junto al perito cuando este se traslade a un lugar concreto para el examen de documentos u objetos”.⁴³ Pero se aporta otra argumentación que atañe a que en “caso de no hacerlo la parte -o sea que no se traslade la parte para presenciar la realización de las “operaciones periciales”- no queda en indefensión”.⁴⁴

Y para corroborar semejante tesis, arriba la justificación: “partimos del hecho de que el perito es un profesional, imparcial y objetivo cuya única misión es realizar el trabajo encomendado, que realiza su trabajo de forma independiente aun cuando perjudique a una de las partes”.⁴⁵ Pero ¿y si se le perjudica a la parte que quiso presenciar la realización de las

40 GUERRERO ROMEO, M^a de las M.: “Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000”. Año 2004. Volumen IV. En: A. M^a. Lorca Navarrete. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2014. Págs. 159, 372; 183.

41 *Ibidem.*

42 *Ibidem.*

43 *Ibidem.*

44 *Ibidem.*

45 *Ibidem.*

“operaciones periciales” pero que no se le permitió que las presenciara? No queda más salida que confiar en que el perito sea “un profesional, imparcial y objetivo”.

X. Actividad del perito consistente en el cotejo de letras.

Como posible actividad del perito que pueda realizar con ocasión de la emisión de su dictamen pericial, la ley de enjuiciamiento civil alude al cotejo de letras. El cotejo o confrontación de “letras” afecta tanto al documento privado como al público y se practica “cuando la autenticidad [de ese documento] se niegue o se ponga en duda por la parte a quien perjudique” (artículo 349.1. de la ley de enjuiciamiento civil).

Si el cotejo o confrontación de “letras” afecta a un documento público, se practica “cuando se niegue o discuta [su] autenticidad (...) [“de cualquier documento público”] [porque] carezca de matriz y de copias fehacientes según lo dispuesto en el artículo 1221 del código civil, siempre que el [dicho] documento no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese expedido o por quien aparezca como fedatario interviniente” (artículo 349.2. de la ley de enjuiciamiento civil). En consecuencia, puede practicarse el cotejo si existen copias fehacientes del documento público cuya autenticidad se cuestiona, aunque carezca de matriz y no pueda ser reconocido por el funcionario que lo expidió ni, en su caso, por el fedatario interviniente.

Para proceder al cotejo de letras, la parte que lo solicite debe designar o indicar “el documento o documentos indubitados con [el] que deba hacerse” la confrontación (artículo 350.1. de la ley de enjuiciamiento civil). El documento indubitado es el que no admite duda (por eso es “indubitado”) por su capacidad de provocar la certidumbre respecto de lo que se confronta.

La ley de enjuiciamiento civil, procede a enumerar el documento o documentos que considera pueden provocar la certidumbre a través de la confrontación de “letras”. Poseen el atributo de documentos indubitados los siguientes:

“1°. Los documentos que reconozcan como tales todas las partes a las que pueda afectar [esta] prueba pericial.

“2°. Las escrituras públicas y los que consten en los archivos públicos relativos al Documento Nacional de Identidad

“3°. Los documentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por aquél a quien se atribuya la dudosa.

“4°. El escrito impugnado, en la parte en que reconozca la letra como suya aquél a quien perjudique (artículo 350.2. de la ley de enjuiciamiento civil).

La ley de enjuiciamiento civil, tras aludir a los documentos que consten en los archivos públicos relativos al Documento Nacional de Identidad, parece preferir los documentos que consten en los archivos de la Agencia Tributaria o Diputaciones Forales relativos al Número de Identificación Fiscal. La enumeración de documentos indubitados que realiza la ley de enjuiciamiento civil es listada.

La lista de documentos considerados indubitados posee, no obstante, el complemento del denominado “cotejo con un cuerpo de escritura” consistente en que la parte, a la que se atribuya el documento impugnado o la firma que lo autorice, puede ser requerida, a instancia de la parte contraria, “para que forme un cuerpo de escritura que le dictara el tribunal o letrado de la administración de justicia”. Si el requerido se niega a formar el cuerpo de escritura “el documento impugnado se considerará reconocido” (artículo 350.3. de la ley de enjuiciamiento civil).

La negación a formarlo provoca que el documento impugnado “se considere [rara] reconocido”. Si no existe documentos indubitados y es imposible el cotejo con un cuerpo de escritura por fallecimiento o ausencia de quien deba formarlo, el tribunal apreciará el valor del documento impugnado conforme a las reglas de la sana crítica.

El perito que lleve a cabo el cotejo de letras debe consignar por escrito las operaciones de comprobación y sus resultados y el dictamen debe ser emitido y ratificado por el perito con arreglo a lo que dispone el artículo 346 de la ley de enjuiciamiento civil sin descartar la posible actuación del perito en el juicio o en la vista según se trate de proceso declarativo ordinario o de verbal (artículo 347 de la ley de enjuiciamiento civil).

XI. Posible actividad del perito en el juicio del proceso declarativo ordinario o en la vista del proceso declarativo verbal.

Quizá la actividad más importante del perito después de realizar su pericia o dictamen, sea la de explicarlo en el juicio del proceso

declarativo ordinario o en la vista del proceso declarativo verbal. Con esa finalidad hay que tener en cuenta

1. Actividad del perito en el juicio o vista.

Los peritos tienen que realizar en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes y la que “el tribunal admita” aunque lo que “el tribunal admita” (artículo 347.1. de la ley de enjuiciamiento civil) no puede obviar la metodología que el perito ha utilizado en su dictamen.

2. La intervención del perito en el juicio o en la vista es básica.

Es esencial. Por ello, solo podrá denegarse si “por su finalidad y contenido hayan de estimarse [las solicitudes de las partes de intervención del perito para que exponga su dictamen] impertinentes o inútiles o cuando exista un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en una mediación anterior entre las partes” (artículo 347.1. de la ley de enjuiciamiento civil).

3. Actividad que “en especial” ha de realizar el perito en el juicio o en la vista.

Esa actividad se traduce en un criterio justificado en lo que “en especial” (artículo 347.1. de la ley de enjuiciamiento civil) las partes y sus defensores pueden pedir respecto a la posible actuación de los peritos en el juicio o en la vista. Y “en especial” se puede pedir de los peritos lo siguiente:

“1º. Exposición completa del dictamen, cuando esa exposición requiera la realización de otras operaciones, complementarias del escrito aportado, mediante el empleo de los documentos, materiales y otros elementos.

“2º. Explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba.

“3º. Respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, 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, en cualquier caso, 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.

“6°. Formulación de las tachas que pudieren afectar al perito (artículo 347.1. de la ley de enjuiciamiento civil).

4. Exposición completa del dictamen, su explicación y respuesta a preguntas y objeciones.

Con ese objetivo se logra que el dictamen quede delimitado y plenamente claro en cuanto a sus contenidos. Es una práctica que ha de ser habitual consistente en la exposición, explicación y respuestas del perito que se constituyen en la génesis introductoria que permiten comprender el por qué ha emitido el dictamen.

Para comprenderlo mejor aludir a la siguiente secuencia jurisprudencial: “no existió una vulneración del derecho a la prueba. La parte, ahora apelante, interrogó de forma cumplida a la perito. En concreto, instó de la perito la explicación del contenido del dictamen; realizó preguntas y formuló objeciones sobre temas como el método empleado para confeccionar el informe, las premisas empleadas para su elaboración y las conclusiones obtenidas y planteó la posibilidad de ampliar el dictamen a extremos que la letrada reputa conexos”.⁴⁶ O sea, se “desplegó, en consecuencia, una estrategia dialéctica sobre todos y cada uno de los extremos que el artículo 347.1 de la ley de enjuiciamiento civil estima constituyen el marco de actuación de una perito en el juicio”.⁴⁷

5. El perito puede ser interrogado sobre su dictamen

Si el dictamen requiere más ampliación y el tribunal estima conveniente ampliar la prueba, en el curso del juicio o vista, es imprescindible dar al perito oportunidad de disponer del plazo necesario para llevar a cabo la ampliación de su dictamen.

6. Al perito al que se le crítica su dictamen

¿Cómo responder a la crítica? No existe otra alternativa que la que consiste en que el perito afectado por la crítica, disponga de la posibilidad

46 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. Año 2004. Volumen IV. En: A. M^a. Lorca Navarrete. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2014. Pág. 528.

47 *Ibidem*.

de replicar. Sin esa posibilidad, una correcta opción deontológica no sería equitativa.

7. Actividad del tribunal

Se permite al tribunal que pueda introducirse en la génesis del dictamen del perito y para ello puede “formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado”; pero no se le permite acordar de oficio que amplíe el dictamen, salvo que se trate de peritos designados de oficio en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre capacidad de las personas o en procesos matrimoniales.

XII. Valoración del dictamen pericial.

La valoración del dictamen pericial por parte del tribunal se acomoda a las denominadas “reglas de la sana crítica” (artículos 348, 350.4. y 351.2. de la ley de enjuiciamiento civil). En concreto, el artículo 348 de la ley de enjuiciamiento civil previene que “los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos”.

1. No existe cambio sustancial en el modo en que el tribunal ha de valorar el dictamen pericial.

Con el fin de que el tribunal proceda a valorar el dictamen del perito se ha indicado que “el artículo 632 de la de la ley de enjuiciamiento civil anterior establecía que los jueces y tribunales valorasen la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a someterse al dictamen de peritos, y la nueva ley de enjuiciamiento civil, en su artículo 348 de un modo incluso más escueto, se limita a prescribir que el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, no cambiando, por tanto, los criterios de valoración respecto a la ley de enjuiciamiento civil anterior”.⁴⁸

Tras el anterior introito, conviene examinar sin mayores preámbulos los aspectos nucleares de la valoración del dictamen del perito.

48 BAENA RUIZ, E., ob. cit.

2. ¿Qué se entiende por “reglas de la sana crítica”?

Al respecto, se ha señalado que “el tribunal, al valorar la prueba por medio de dictamen de peritos, deberá ponderar, entre otras cosas, las siguientes cuestiones: 1°. - Los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro: sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1.994 (/848). 2°. - Deberá también tener en cuenta el tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el Tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes: sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1.989 (/8793). 3°. - Otro factor a ponderar por el Tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes: sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1.995 (/179). 4°. - También deberá ponderar el tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar en el sistema de la nueva ley de enjuiciamiento civil a que dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes: sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1.997 (/2542)”.⁴⁹

3. ¿Qué se entiende por “reglas de la sana crítica” si al propio tiempo se desconoce cuándo el dictamen de un perito de parte las vulnera?

En tal sentido se ha indicado que “la jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba por medio de dictamen de peritos se vulneran las reglas de la sana crítica: 1°. - Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial. sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1.996 (/5071). 2°. - Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1.996 (3878). 3°. -

49

Ibídem.

Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes: sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1.991 (/109). 4°. Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo. Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad: sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1.998 (/2387). Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios: sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1995 (/6002). Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes lleven al absurdo: sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1.988 (/57 17)”⁵⁰.

4. La “subjetividad” del tribunal.

No se negará que con la anterior *curricula* jurisprudencial se otorga un determinante protagonismo a la “subjetividad” del tribunal ya que su valoración del dictamen del perito -sea o no de parte- debe “nacer de él y en él”. Es libre.

XIII. Inutilidad de la recusación del perito judicial.

En el modelo de litigación civil que regula la ley de enjuiciamiento civil, se prevé la recusación de los peritos que han sido designados judicialmente.

En este punto el modelo de litigación que adopta la vigente ley de enjuiciamiento civil es fiel al precedente que le marcó la derogada ley de enjuiciamiento civil de 1881 y, más en concreto, por la denominada “Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizada por profesores de Derecho Procesal” (CAz) en la que la recusación de los peritos designados judicialmente era una recusación que provocaba que, el perito designado judicialmente, no elaborase el dictamen.

Se optó por la posibilidad de que la parte procediese a la recusación siempre que concurriera causa legal de “exclusión del perito” en modo similar a como se disponía para la recusación de jueces y magistrado en el artículo 165 CAz. Sería una “recusación sin causa”.

50

Ibidem.

La propuesta del artículo 165 CAz en torno a una “recusación sin causa” por hallarse justificada en una causa de “exclusión legal” del perito se justificaba en la equiparación en cuanto a cometidos entre peritos y jueces y magistrados. O sea, un perito que, actuando como un juez, lo auxiliaba en el modo en que lo pergeñó la añosa ley de enjuiciamiento civil de 1881.

Pero, aún de aquellos lodos sigue surgiendo el barro que todavía tizna una correcta hermenéutica de la actividad del perito judicial en el proceso civil. Digo lo anterior porque la Propuesta de los profesores de Derecho Procesal es ahora defendida con apasionamiento, entusiasmo y no sin cierta vehemencia por quienes postulan “el deber de independencia del perito”⁵¹ que se derivaría “de la necesaria independencia judicial”⁵² ya que “si ésta última exige su pleno sometimiento a la ley y, para ello, precisa el pleno conocimiento de los hechos que debe enjuiciar, en la medida en que ese conocimiento tenga un carácter científico, técnico o especializado necesitará del auxilio pericial, por lo que la falta de independencia del perito, indirectamente, se trasladará en la debida independencia del juez”.⁵³

Esa desmedida correlación de “independencias” [la del juez y la del perito que le auxilia] puede que se atasque y se atore si se tiene en cuenta que la metodología de la denominada “lista corrida” a la que acude la vigente ley de enjuiciamiento civil, para cuando no existe acuerdo entre las partes sobre la designación judicial de perito único, se justifica en un sorteo realizado en presencia del letrado de la administración de justicia que difícilmente puede cuestionar la independencia del perito auxiliador.

Por lo pronto, la metodología de la lista corrida no discrimina al perito. El sistema de designación de perito a través de lista corrida es aplicable a la designación como perito judicial. Para estos supuestos, se usa una lista de personas que cada año se solicita de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas y que debe estar integrada por al menos cinco de esas personas. Y si por razón de la singularidad de la materia del dictamen, *únicamente* se dispone del nombre de una persona entendida o práctica, se pedirá el consentimiento de las partes que si lo otorgan es cuando se procede a designar perito a esa persona lo que difícilmente será “causa” eficiente para recusar el perito.

Pero, a más, el sistema de designación de perito a través de lista corrida consiste en que, a la primera designación de cada lista remitida, es posible

51 PICÓ i JUNOY, J., ob. cit.

52 Ibidem.

53 Ibidem.

que a partir de ella corran o se efectúen las siguientes designaciones por orden correlativo (artículo 341.1. de la ley de enjuiciamiento civil) lo que supone que cuando el perito se corre no se vislumbra “causa” alguna que pueda cuestionar su independencia en orden a “auxiliar” la independencia del juez.

Pero, a más, y ya en lo que respecta a la emisión y ratificación del dictamen por el perito judicial que el tribunal designe, el modelo que adopta la ley de enjuiciamiento civil consiste en que el perito (judicial) no ya ha de emitir por escrito su dictamen cuanto mejor aún, de su dictamen se da traslado por el letrado de la administración de justicia a las partes “por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas” (artículo 346 de la ley de enjuiciamiento civil). A lo que se une, a más, que el tribunal “podrá 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” (artículo 346 de la ley de enjuiciamiento civil) por lo que, de nuevo, no se vislumbraría motivación alguna que justifique cuestionar su independencia en orden a “auxiliar” la independencia del juez.

Es conveniente tener en cuenta que el perito designado judicialmente (el perito judicial), ha de realizar su dictamen, según el artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil, “con la mayor objetividad posible” de modo que esa objetividad/profesionalidad/pericia judicial “por sorteo” no son circunstancias que debieran implicar necesariamente el reproche del perito “auxiliador” respecto de la independencia del juez.

La razón para pensarlo de esa manera estriba, a más, en que el perito designado judicialmente podrá concurrir “al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas” (artículo 346 de la ley de enjuiciamiento civil). A lo que se une, a más, que es el propio tribunal cuya independencia “auxilia” el perito designado judicialmente, el que puede considerar “necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado” (artículo 346 de la ley de enjuiciamiento civil). Luego ¿qué sentido posee recusar un perito que “auxilia” la independencia judicial sin darle oportunidad de justificar y sustentar su peritaje en el juicio/y o vista si en esa actividad -auténtica columna vertebral para entender su peritaje- ha de defender o sostener, con objetividad, su determinada y concreta opinión pericial consistente en la exposición, explicación y respuestas del perito

que permitan comprender el por qué ha emitido su dictamen? Por tanto, y a más, ¿sirve de algo recusar a un perito que “auxilia” la independencia del juez? Se ha de reiterar: para nada si lo que realmente importa es que el perito sea oído, someta su peritaje al contraste de las preguntas de las partes y, a más, se perciba su esfuerzo por hacerlo viable, entendible y confiable.

XIV. Inutilidad de la tacha del perito de parte.

En el modelo de litigación civil que regula la ley de enjuiciamiento civil, se prevé la irrecusabilidad de los peritos de parte respecto de los cuales sólo se permite su tacha.

Admitida y asumida la existencia del perito de parte, la regulación que se contiene en la ley de enjuiciamiento civil sobre la tacha de perito no posee justificación alguna pues al eclipsar en la práctica judicial el perito “designado judicialmente” auxiliante del tribunal en la medida en que “la ley de enjuiciamiento civil de 2000 apostó de manera audaz por el modelo anglosajón”⁵⁴ en el que “el perito de designación judicial es marginal, siendo habitual el dictamen pericial de parte”,⁵⁵ las normas sobre la tacha del perito de parte deberían de ser de nula operatividad ya que no se comprende bien qué justificación se puede perseguir tachando a quien actúa como perito de parte y que, por tanto, siempre será parcial. O sea, que siempre existirán motivos para tacharlo ya que es un perito de “parte”.

Por tanto, ¿sirve de algo tachar a un perito? Para nada. La tacha del perito podía haber sido borrada de la faz de la ley de enjuiciamiento civil. Pero, no. El guion proveniente de la derogada y rancia ley de enjuiciamiento civil de 1881 es asumido sin conmiseración alguna permitiéndose alegar contra el perito de parte alguna de las circunstancias a que alude el artículo 343 de la ley de enjuiciamiento civil y con las que se perseguirían que el perito no sea creído.

La justificación de la tacha del perito de parte se encontraría en que el dictamen ha de ser realizado, según el artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil, “con la mayor objetividad posible”. Pero esa justificación no posee sentido ya que objetividad/profesionalidad/pericia “por encargo” no son circunstancias que deban implicar el reproche del perito de “parte” ni justificar que se alegue contra él algún motivo legal para que no sea creído en el proceso civil.

54 NIEVA FENOLL, ob. cit.

55 Ibidem.

La razón para pensarlo de esa manera estriba en que el perito de parte -tachado o no- ha de justificar y sustentar su peritaje en el juicio y en esa actividad -auténtica columna vertebral para entender el peritaje de parte- ha de defender o sostener, con objetividad, su determinada y concreta opinión pericial consistente en la exposición, explicación y respuestas del perito que permitan comprender el por qué ha emitido el dictamen (artículo 347 de la ley de enjuiciamiento civil). Por tanto, ¿sirve de algo tachar a un perito? Se ha de reiterar: para nada sí lo que realmente importa es que el perito sea oído, someta su peritaje al contraste de las preguntas de las partes y, por tanto, se perciba su esfuerzo por hacerlo viable.

Pero, lo peor queda aún por llegar. Consiste en que la ley de enjuiciamiento civil, acorde con la “cultura del incidente”, hunde la tacha del perito en un incidente. Si se trata de proceso declarativo ordinario, la tacha de los peritos se propone en la fase intermedia de audiencia previa de las partes (artículo 343.2. de la ley de enjuiciamiento civil). En el juicio verbal, en cambio, en la vista, contribuyendo aún más a la confusión y al desorden de actividades y menesteres que de lo más variado se sustancian en la misma.

No obstante, y a mayor abundamiento, los efectos colaterales del incidente de la tacha del perito de parte son aún más dañinos pues al cuestionársele porque no actuó con “la mayor objetividad posible” (artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil) se le cuestiona en su honorabilidad profesional. Cuestionamiento que posiblemente no llegue a entender el propio perito cuestionado lo que explica que “si la tacha menoscabara la consideración profesional o personal del perito, podrá éste solicitar del tribunal que, al término del proceso, declare, mediante providencia, que la tacha carece de fundamento” (artículo 344.1. de la ley de enjuiciamiento civil).

Es un cuestionamiento que, incluso, puede que no llegue a comprender cualquier otra persona que confía en su honorabilidad. De ahí que la propia ley de enjuiciamiento civil prevea que cualquier parte interesada, [y no, en cambio, exclusivamente las partes personadas en el proceso civil] pueda dirigirse al tribunal con el fin de negar o contradecir la tacha aportando los documentos que consideren pertinentes a tal efecto (artículo 344.1. de la ley de enjuiciamiento civil).

Pero, ese cúmulo de adversidades para el perito de parte -como poco, bastantes desagradables y enojosas- que supone tramitar un incidente que tiene como finalidad tacharlo, dejan de tener justificación en la medida

en que el tribunal “tendrá en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción en el momento de valorar la prueba” (artículo 344.2. de la ley de enjuiciamiento civil) por lo que la tacha no hace inhábil el dictamen emitido por el perito. Luego, ¿sirve de algo tachar a un perito de parte? Se ha de reiterar: para nada.

De ahí que, al menos será gratificante para el perito de parte tachado que si se aprecia temeridad o deslealtad procesal en la tacha, a causa de su motivación o del tiempo en que se formula, el tribunal puede imponer el autor de la tacha, previa audiencia, una multa -de sesenta a seiscientos euros-. La multa, sin duda, debería desincentivar la práctica de la tacha con poco fundamento [ya sea con intención dilatoria o con el propósito de cuestionar la honorabilidad profesional del perito]. Un motivo más para desterrar la añosa, rancia y añeja tacha del perito.

Bibliografía.

ALONSO CUEVILLAS y SAYROL, J.: “*Principales ideas claves para el estudio de la nueva Ley de enjuiciamiento civil*”. En *Actualidad jurídica Aranzadi*, número 428, marzo de 2000. Pág. 4.

ANDREWS, N.: *Justicia civil inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias*. Traducción de Álvaro Pérez-Ragone y Antonio Morales Mutis. Editorial Temis, Bogotá 2013. Págs. 123, 124, 144.

ARIETA, G., DE SANTIS, F., MONTESANO., L.: *Corso base di diritto processuale civile*. Setima edizione. Wolters Kluwers. Cedam, Roma-Salerno 2018. Págs. 141, 324, 371, 372, 409.

ARZANEGUI SARRICOLEA, J. M^a.: *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. En: A. M^a. Lorca Navarrete. Año 2002. Volumen II. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012. Pág. 509.

BAENA RUIZ, E: *Roj: STS 5619/2015 - ECLI: ES:TS:2015:5619. Id Cendoj: 28079110012015100710. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid Sección: 1. Fecha: 15/12/2015. N° de Recurso:*

2006/2013. N° de Resolución: 702/2013 Procedimiento: CIVIL. Tipo de Resolución: Sentencia.

COMOGLIO, L. P., FERRI, C. y TARUFFO, M.: *Lezioni sul processo civile*. Segunda edición. Il Mulino., 1998. Pág. 679.

DI LORENZO, F.: *Schemi di diritto processuale civile*, V Edizione. Nel Diritto Editore, Molfetta, 2018. Pág. 216.

DI PIRRO, M.: *Schemi & Schede di Diritto Processuale Civile. Metodo schematico Simone*. XV Edizione, Napoli, 2019. Pág. 135.

DUCE, J. M.: *La prueba pericial y su admisibilidad en un nuevo proceso civil, en Justicia civil y comercial: una reforma cercana*. Publicación realizada con el apoyo financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el desarrollo (AECID), Santiago de Chile, 2011. Pág. 111.

ESPARZA LEIBAR, I.: *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Valencia, 2000. Pág. 59.

FETTWEIS, A.: *Manuel de procedure civile*. Faculté de Droit de Liège, Liège, 1987. Pág. 380.

FLORES PRADA, I.: *La prueba pericial de parte en el proceso civil*. Tirant Monografías, Valencia, 2005. Pág. 148.

GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Prueba pericial (arts. 335-353)”. En: *Los procesos civiles*, Tomo III. Editorial Bosch, Barcelona, 2001. Pág. 161.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: “Del dictamen de peritos”. En: Ley de enjuiciamiento civil (Ley 1/2000) AAVV, coordinador F. Gómez de Liaño. Editorial Forum, Oviedo, 2000. Pág. 387.

GUERRERO ROMEO, M^a de las M.: “Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000”. Año 2004. Volumen IV. En: A. M^a. Lorca Navarrete. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2014. Págs. 159, 372; 183.

HABSCHEID, W. J.: *Droit judiciaire privé suisse*. Georg et Librairie de l'Université, Genève, 1975. Pág. 402.

HOYA COROMINA, J.: *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. Año 2001. Volumen I. En: A. M^a. Lorca Navarrete. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2011. Págs. 65, 176, 364.

HUERTA SÁNCHEZ, M^a. E.: *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. Año 2004. Volumen IV. En: A. M^a. Lorca Navarrete. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2014. Pág. 482.

KELLER ECHEVARRIA, M^a del C.: *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. Año 2004. Volumen IV. En: A. M^a. Lorca Navarrete. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2014. Pág. 253.

LIEBMAN, E. T.: *Manuale di diritto processuale civile. Principi*. Giuffrè Editore, Milano, 1992. Págs. 322, 336, 347, 348, 353, 369, 406, 407, 411 y 417.

MUÑOZ SABATÉ, LL.: *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*. Editorial J. M^a. Bosch, Barcelona, 2000. Págs. 332, 335, 344 y 346.

MUÑOZ SABATÉ, L.: “Taxonomía indiciaria”. En: *LA LEY*. Año XXXII. Número 7564. Martes 8 de febrero de 2011.

MUÑOZ SABATÉ, L.: “La prueba de indicios en el proceso judicial. Análisis para juristas, detectives, periodistas, peritos y policías”. En: *LA LEY*. Wolters Kluwers, Madrid, 2016. Pág. 75.

NIEVA FENOLL, J.: *Derecho procesal II. Proceso civil*. Marcial Pons, Madrid, 2015. Págs. 204, 210.

PICÓ i JUNOY, J.: *La prueba pericial en el proceso civil español. Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil*. J. M^a. Bosch Editor, Barcelona, 2001. Págs. 22 y 47.

PICÓ i JUNOY, J.: “La debida independencia del perito judicial”. En: *Justicia 2018*, 1. Pág. 70.

PICÓ i JUNOY, J.: “La independencia de los peritos judiciales”. En: *La independencia judicial: un constante asedio*. Marcial Pons, Madrid, 2019. Págs. 120 y ss.

PRIETO CASTRO, L.: *Derecho procesal civil*. Tomo I. Librería General, Zaragoza, 1946. Pág. 343.

RIVERA GONZÁLEZ, M.: “Los procesos declarativos ordinarios: la prueba y el juicio verbal”. En: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. Año LV de 1 de febrero de 2001, Número 1886. Pág. 510.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N.: “Problemas prácticos que plantea el control de la imparcialidad y objetividad de los peritos en el proceso civil”. En: *Revista del Poder Judicial*. Segundo trimestre 2002, Número 66. Pág. 276.

SASSANI, B.: *Lineamenti del processo civile italiano. Tutela giurisdizionale, procedimenti di cognizioni, cautele, esecuzione*. Giuffrè Editore, Milano, 2017. Págs. 254, 315.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: “La prueba pericial”. En: J. Alonso Cuevillas (coord.): *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000*, Tomo II. Editorial Difusión jurídica, Barcelona, 2000. Pág. 284.

SUBIJANAZUNZUNEGUI, I. J.: *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. Año 2004. Volumen IV. En: A. M^a. Lorca Navarrete. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2014. Pág. 528.

VÁZQUEZ, C.: “¿Cómo mejorar la regulación sobre la(s) prueba(s) pericial(es)? Un marco para incentivar la comprensión judicial de las afirmaciones periciales”. En: *Hechos y razonamiento probatorio*. Zela Grupo editorial y Editorial CEJI, Perú, 2019. Pág. 395.

