

**EL NUEVO DISEÑO DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL
ESPAÑOL**

**THE NEW DESIGN OF THE EXPERT EVIDENCE IN THE SPANISH CIVIL PROCEDURAL
CODE**

Antonio María Lorca Navarrete

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco (España)

Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal

c-electrónico: secretaria@leyprocesal.com, alorca@ehu.es

Web: www.institutovascodederechoprocesal.com

Web: www.leyprocesal.com

Recibido el 24.11.2020

Aceptado el: 16.05.2021

RESUMEN

Con la publicación del código procesal civil español en el año 2000 se ha procedido a regular una nueva prueba pericial sin precedentes en el anterior código procesal civil.

Palabras claves: prueba, perito, dictamen.

ABSTRACT

With the publication of the Spanish civil procedure code in the year 2000, a new expert evidence has been regulated without precedent in the previous civil procedure code.

Keywords: Expert, evidence, civil procedure.

* * *

RELACIÓN DE EPÍGRAFES

1. Una regulación inédita para el pretérito procesalismo español. **2.** Una regulación preterida por una parte de la procesalística española. **3.** Una regulación que ha preterido la actuación del juez “auxiliado” por el perito. **4.** Una regulación que excepcionalmente admite el perito judicial designado por el juez y que tendría como cometido auxiliarle. **5.** Una regulación del dictamen pericial que se separa del modelo pericial asumido tradicionalmente por algunos países de la unión europea. **6.** Una regulación del dictamen pericial que se separa del modelo pericial asumido tradicionalmente por algunos países del área iberoamericana. **7.** Una regulación del dictamen pericial en un nuevo contexto normativo. **8.** Una regulación del dictamen pericial que hace frente a la recurrente objeción de la privatización de la justicia. **9.** Una regulación del dictamen pericial que se caracteriza por constituir una de las principales innovaciones introducidas por la ley española de enjuiciamiento civil. **10.** Una regulación del dictamen pericial que apuesta por el modelo anglosajón de pericia. **11.** ¿Cuál es el concepto de la pericia? **12.** ¿Qué aptitud ha de poseer el perito? **13.** La objetividad del perito y la predisposición de ánimo de los jueces. **14.** El perito de parte o perito en el ámbito privado. **15.** El perito designado judicialmente. **16.** El perito judicial. **17.** Actividades del perito con ocasión de la emisión de su dictamen pericial. **18.** Posible actividad del perito en el juicio del proceso declarativo ordinario o en la vista del proceso declarativo verbal. **19.** Valoración del dictamen del perito. **20.** Inutilidad de la recusación del perito designado judicialmente. **21.** Inutilidad de la tacha del perito de parte

1. UNA REGULACIÓN INÉDITA PARA EL PRETÉRITO PROCESALISMO ESPAÑOL

El código procesal civil español (conocido como Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero¹) indica que en el proceso civil declarativo se podrá hacer uso del que denomina “*Dictamen de peritos*” (artículo 299.1.4º de la ley de enjuiciamiento civil) al que regula en detalle en la Sección 5ª rubricada “*Del Dictamen de peritos*” (artículos 335 a 359 ambos incluidos de la ley de enjuiciamiento civil) dentro del Capítulo VI rubricado “De los medios de prueba y las presunciones” dentro, a su vez, del Título I de su Libro II.

La regulación que se contiene en la ley de enjuiciamiento civil de lo que denomina “*Dictamen de peritos*” no posee antecedentes en el procesalismo pretérito español lo que explica que los operadores jurídicos -entiéndase en sobre manera, abogados- 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 de enjuiciamiento civil española se ha mostrado un tanto más complicada y nada fácil debido a la multitud de críticas que recibió su nueva regulación desde el momento en que se plasmó en realidad legislativa.

2. UNA REGULACIÓN PRETERIDA POR UNA PARTE DE LA PROCESALÍSTICA ESPAÑOLA

Se ha dicho de 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) alusivo, sin duda a su carácter “real”, que era “retrograda”, “innecesaria” y “perturbadora” (SERRA DOMÍNGUEZ); que su regulación corría el riesgo de lograr “su ineficacia” (GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ); que su regulación era la de “un verdadero caos normativo” (GARBERÍ LLOBREGAT); que su nueva regulación se ha convertido “en un entramado denso y confuso” (MUÑOZ SABATÉ); que la nueva regulación “adolece del error conceptual de mantener la desfasada concepción probatoria de la pericial” (¿¿) (ALONSO CUEVILLAS y SAYROL) o, 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” (PICÓ i JUNOY) o, se alude a “la nefasta regulación que el legislador de 2000 dispensó a esta prueba, configurando erróneamente su naturaleza jurídica, lo que ha conducido -y sigue conduciéndole- a innumerables problemas en su actuación pretoriana” (PICÓ i JUNOY) o, 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» (RODRÍGUEZ GARCÍA).

A más, incluso no pasa inadvertida cierta animadversión de una concreta procesalística hacia la regulación que sobre la pericia realiza la ley de enjuiciamiento civil no explicable según unos parámetros de mediana racionalidad y razonabilidad, ya que se ha indicado que tras veinte años de vigencia de la ley de enjuiciamiento civil “es el momento adecuado de acometer un estudio en el que se formulen propuestas de reforma de la regulación de la prueba pericial muy probablemente debido a su compleja regulación normativa, lo que en muchas ocasiones puede conducir a las partes a colocarse indeseadamente en una situación de indefensión dado el auténtico -se dice- *labyrinthus peritiae* en que, en este punto, se ha convertido la actual ley de enjuiciamiento civil” (PICÓ i JUNOY, ABEL LLUCH).

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 por supuesto a una mayor holgura en su tratamiento pero que con “el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil ha demostrado, en mi opinión, el acierto de un modelo de prueba pericial” (FLORES PRADA), 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).

¹ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

3. UNA REGULACIÓN QUE HA PRETERIDO LA ACTUACIÓN DEL JUEZ “AUXILIADO” POR EL PERITO

Por ello, es preciso salir al paso de las falsas claridades que puedan derivarse de la pretérita actuación del juez “auxiliado” por el perito y comenzar por admitir que ahora sí, el *dictamen pericial* ha de ser considerado como un medio probatorio del que no se posee en la ley de enjuiciamiento civil una caracterización técnica continuista respecto de la ley de enjuiciamiento civil de 1881 y que ha supuesto otorgar pleno protagonismo al *perito de parte* o, si se desea, para desvincularlo de la parte en el proceso civil que hace uso de su dictamen, del perito “*en el ámbito privado*” (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF) para que su independencia e imparcialidad no sufra y sí, en cambio, sean tenidas en cuenta sus aptitudes para asumir su condición de perito con “*imparcialidad pericial*” (VAZQUEZ).

Se contabiliza, por tanto, una solución principal que es preciso esbozar de un trazo: con la vigente ley de enjuiciamiento civil se elimina de un trazo normativo la común configuración del dictamen pericial como un mecanismo de auxilio del tribunal tal y como se diseñaba en el artículo 578.5º y artículos 610 a 632 de la ley de enjuiciamiento civil de 1881²) que provocaba cuestiones, poco menos que, insolubles [o, de difícil resolución] acerca de su conceptualización como medio de prueba. Se dijo respecto de esa regulación, que era “contradictorio” (PRIETO CASTRO) 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” (PRIETO CASTRO).

4. UNA REGULACIÓN QUE EXCEPCIONALMENTE ADMITE EL PERITO JUDICIAL DESIGNADO POR EL JUEZ Y QUE TENDRÍA COMO COMETIDO AUXILIARLE

Ahora y con la nueva regulación contenida en la vigente ley de enjuiciamiento civil, el dictamen que finalmente ha de valorar el juez en su sentencia no va a provenir de un perito que le auxilia sino de un perito de parte cuya designación ya no va a 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 perito “*en el ámbito privado*” (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF)- 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 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 o perito “*en el ámbito privado*” (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF)- 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. Por tanto, “el perito ya no es necesariamente la persona designada por el juez a los efectos de prestarle auxilio en su función jurisdiccional” (SEOANE SPIEGELBERG).

5. UNA REGULACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL QUE SE SEPARA DEL MODELO PERICIAL ASUMIDO TRADICIONALMENTE POR ALGUNOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA

Se puede afirmar que en la vigente la ley de enjuiciamiento civil no se regula nada que se le parezca a la “*consulenza técnica d’ufficio*” del derecho italiano que no constituye un medio de prueba y sí 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*”).

² Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1881-813>.

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" (DI PIRRO). "*Non puo essere considerata, a stretto rigore, un mezzo di prova*" (ARIETA, DE SANTIS, MONTESANO).

En el código procesal civil italiano, el "*consulente tecnico*" se incluye entre los "*ausiliari del giudice*" (SASSANI) formando parte de un "*procedimento istruttorio integrativo*" (DI LORENZO) pero que no es un medio de prueba sino un auxilio 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"* DI LORENZO].

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* LIEBMAN] 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"* LIEBMAN] 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"* LIEBMAN]. La *consulenza* no es un medio de prueba y sí un medio para que el juez pueda proceder a valorar los hechos sobre los que se proyecta [*"non è dunque un mezzo di prova, ma un mezzo d'interpretazione dell'organo dell'istruzione"* (LIEBMAN)].

En efecto, se acude a la "*consulenza tecnica*" 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 [*"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"* (COMOGLIO, FERRI y TARUFFO)]. En definitiva, "el magistrado procede a designar un *consulente tecnico* cuando necesita de conocimiento especializado que no posee; y, por lo tanto, es previsible que el mismo juez asuma, en la práctica forense, el papel de *servus peritorum*" (ANSANELLI).

El modelo se reproduce con el denominado "*expertise*" del área de influencia francófona. En concreto, en el proceso civil francés, la *decision ordonnant l'expertise* se atribuye al juez "*mais pour eviter une augmentation de frais, l'article 264 du nouveau Code prévoit qu'il n'est désigné en principe qu'une seule personne à titre d'expert. Le juge peut estimer cependant qu'il convient d'en nommer plusieurs*" [pero para evitar un aumento de gastos, el artículo 264 del nuevo Código prevé que se designe en principio a una sola persona a título de experto. No obstante, el juez podrá considerar conveniente nombrar varios] (VINCENT, GUINCHARD). En Suiza, 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 spécialiste, auxiliaire du juge»* HABSCHIED].

El "*expertise*" del área francófona, es un técnico que en el derecho procesal belga no puede sustituir al juez [*"le technicien ne peut être substitué au juge pour dire le droit ou le fait contesté"* FETTWEIS] 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"* (FETTWEIS)]. Por su parte, en el *Code de Procédure Civile* francés «se encuentra la disciplina especialmente articulada del "verdadero" *expertise* (artículo 265 y siguientes del *Code de Procédure Civile* francés) que presupone una identificación clara por parte del juez de las razones por la que se "*ordonne l'expertise*"» (DONDI).

Argumentos similares es posible encontrar en el "ordenamiento alemán en donde lo que cobra importancia y evidencia inmediata es el carácter oficial del nombramiento del experto a través de una elección (*Bestimmung*) llevada a cabo *ex officio* por el juez (§ 404 de la *Zivil Prozess Ordnung*)" (DONDI) ya que el "perito en la concepción de la *Zivil Prozess Ordnung*, es un auxiliar del juez" (LÖSING).

Semejante "naturaleza y funciones" de la "*consulenza tecnica*" al modo italiano o del "*expertise*" del área de influencia francófona o del perito al modo alemán o, en fin, del dictamen pericial al modo de la derogada ley española de enjuiciamiento civil de 1881 han sido periclitadas por la vigente ley de enjuiciamiento civil.

6. UNA REGULACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL QUE SE SEPARA DEL MODELO PERICIAL ASUMIDO TRADICIONALMENTE POR ALGUNOS PAÍSES DEL ÁREA IBEROAMERICANA

Salvo error u omisión por mi parte en la que puedo incurrir por lo que pido las más cumplidas disculpas, en el Perú la opción por el perito que auxilia al juez resulta evidente aun cuando el artículo 264 del código procesal civil peruano admite la existencia de perito de parte que ha de concurrir a la audiencia de pruebas “con los peritos nombrados por el juez” (RUFFNER DE VEGA) pero que, no obstante, ser un perito de parte “podrá ser citado a la audiencia de pruebas y participará en ella con sujeción a lo que el juez ordene” (RUFFNER DE VEGA) por lo que ese perito de parte sólo actuaría como tal perito de parte si el juez le permite concurrir con los peritos judiciales que él haya nombrado. El peritaje es, por tanto, “la diligencia que realiza el perito nombrado por el juez, estudiando el problema de su especialidad e informando de acuerdo con las disposiciones de las artes” (ALFARO PINILLOS).

En Argentina la situación normativa es similar ya que “la peritación es una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del juicio” (MARTORELLI). En el código procesal civil chileno la respuesta normativa es igualmente semejante ya 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” (DUCE).

7. UNA REGULACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL EN UN NUEVO CONTEXTO NORMATIVO

La azarosa historia que acompaña al perito en el modo que lo concibió la ley española de enjuiciamiento civil de 1881, evidencia que esa ley de enjuiciamiento 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 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 española 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 española de enjuiciamiento civil de 1881], no quedaba demasiado bien parada. Las propuestas del perito auxiliante eran determinantes para el tribunal auxiliado.

Ahora, y por descontado, 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 española 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: 1º.-Se trata de documentos periciales, ratificados habitualmente por los expertos que los habían emitido, a través de la prueba de testigos: sentencia el Tribunal Supremo 6 de febrero de 1.998. 2º.-No tenían la naturaleza probatoria de los documentos: sentencia el Tribunal Supremo 30 de julio de 1.992. 3º.-Tampoco podían valorarse los dictámenes como declaraciones testificales, dado que incorporaban juicios de valor: sentencia el Tribunal Supremo 4 de diciembre de 1.965. 4º.-Desde luego, no podían considerarse dictámenes emitidos a través de la prueba de peritos: sentencia el Tribunal Supremo 9 de marzo de 1.998. 5º.-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 el Tribunal Supremo 26 de noviembre de 1.990” (BAENA RUIZ).

Esa vetusta, añosa y rancia conceptualización del perito auxiliador 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, que sin duda ha calado por gran tiempo en la cultura jurídica de abogados y jueces españoles, respondería todavía el criterio de algunos ponentes de sentencias cuando se sostiene 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” (ARZANEGUI SARRICOLEA). O, se continúa apelando a un proceso civil en el que “el cometido que la ley -es la vigente ley española de enjuiciamiento civil- 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” (ARZANEGUI SARRICOLEA). No cabe mayor infortunio en las indicaciones del ponente ARZANEGUI SARRICOLEA.

Por el contrario, la 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” (BAENA RUIZ).

Y para aclarar, aún más si cabe, donde ubicarse conviene leer la exposición de motivos de la ley española de enjuiciamiento civil en la que se indica que «... con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, esta ley -es la ley española de enjuiciamiento civil- 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».

8. UNA REGULACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL QUE HACE FRENTE A LA RECURRENTE OBJECCIÓN DE LA PRIVATIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Entonces irrumpe, en el nuevo escenario normativo en el que se va a proyectar el dictamen pericial, una objeción planteada por algunos doctrinarios; a saber: con la opción de la ley española 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” (PICÓ i JUNOY) y, en línea con esa idea de “privatización” se ha indicado quizás con cierto matiz demagógico y socializante 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” (FLORES PRADA). Incluso, se ha indicado que al optarse “por configurar al dictamen pericial como verdadero medio de prueba (...) *de facto*, compromete el acceso a la justicia a los ciudadanos con limitados recursos económicos” (PICÓ i JUNOY, ABEL LLUCH).

De cualquier modo, guste o no la “privatización” en general y la de la pericia en particular -habida cuenta que lo privado siempre es más eficaz que lo público-, 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 si es titular del derecho de asistencia jurídica gratuita (artículo 339.1. 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 para que realice los respectivos dictámenes periciales (artículo 339 de la ley de enjuiciamiento civil).

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 española 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. Lo importante es el dictamen -la *res*-. No la persona que emite el dictamen de la que se presume que elaborará profesionalmente el dictamen. O sea, la pericia va a

ser la prueba del dictamen del perito de parte al que el perito que lo confeccione, tendrá que sustentar y consolidar ante el juez y las demás partes ya en el juicio -proceso civil declarativo ordinario- ya en la vista -proceso civil declarativo verbal-. No es la prueba del perito auxiliar. Luego, van a ser las partes las que asuman un papel relevante y esencial en orden al desarrollo de este medio de prueba.

Por tanto, y desde el punto de la conceptualización del dictamen pericial, la nueva regulación de la ley española de enjuiciamiento civil 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” (ESPARZA LEIBAR).

9. UNA REGULACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL QUE SE CARACTERIZA POR CONSTITUIR UNA DE LAS PRINCIPALES INNOVACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY ESPAÑOLA DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

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 española de enjuiciamiento civil, 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 ley de enjuiciamiento civil en la prueba de peritos” (KELLER ECHEVARRIA). En definitiva, “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 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” (BAENA RUIZ). En definitiva, «nuestra ley procesal civil da un giro copernicano a la regulación del “dictamen de peritos” con respecto a la regulación anterior, de manera que de un sistema de designa de perito controlado casi en exclusiva por el tribunal, pasa a otro en el que se traslada a las partes litigantes no sólo la facultad de decidir cuándo resulta conveniente o necesario aportar un dictamen de peritos a una litis, sino también la capacidad de escoger al experto que lo deberá llevara a cabo» (ORELLANA DE CASTRO).

10. UNA REGULACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL QUE APUESTA POR EL MODELO ANGLOSAJÓN DE PERICIA

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

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” (ANDREWS). 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” (ANDREWS).

No obstante y para el caso español, cierta procesalística ha indicado que “la antigua ley (española) de enjuiciamiento civil establecía un régimen de desconfianza hacia los informes periciales que las partes acompañaban a sus escritos de demanda y contestación impropio tanto del desarrollo y expansión de las técnicas periciales a conflictos jurídicos inimaginables en 1881, como de la disposición progresivamente

favorable de los tribunales a considerarlos como algo más que meros documentos privados complementados, a lo sumo, por la testifical del autor” (ZARZALEJOS NIETO).

11. ¿CUÁL ES EL CONCEPTO DE LA PERICIA?

La pericia entendida como sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte, se halla en el artículo 335.1. de la 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 por quien hace uso del mismo como medio prueba en el juicio [proceso declarativo ordinario] o en la vista [proceso declarativo verbal].

Cierta procesalística define el dictamen pericial como “un documento profesional que responde a la necesidad defensiva de la parte litigante que lo aporta al proceso” (ZARZALEJOS NIETO) que también se percibe en el dictamen pericial del perito designado judicialmente aun cuando se haya indicado por cierta procesalística que no responde a una “estrategia defensiva de parte” (ZARZALEJOS NIETO).

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 que elabora el perito] y no tanto que el tribunal posea un “coadyuvante personal” que le proporciona las máximas de experiencia técnica o de cualquier otra índole que no conoce.

No obstante, aún existe cierta procesalística que sostiene el carácter “personal” de este medio de prueba al afirmarse que la vigente ley española 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” (RIVERA GONZÁLEZ, BANACLOCHE PALAO). Claro está, se piensa aún en el perito judicial auxiliante. Sin duda, se está en presencia como en otras ocasiones, de una procesalística que induce al error.

12. ¿QUÉ APTITUD HA DE POSEER 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.

Por lo pronto, 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”.

Pero, de inmediato, surge el perito que no posee título profesional que concurre sólo cuando se trata de materias “que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales” en cuyo caso “habrán de ser nombrados [peritos] entre personas entendidas -dice la ley española de enjuiciamiento civil- en aquellas materias” (artículo 340.1. de la ley de enjuiciamiento civil). En consecuencia, no se discrimina al perito 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 esté adscrito a un colegio profesional.

No existen peritos de diversa condición profesional. La ley española de enjuiciamiento civil no apela a peritos de “primera”, que serían los titulados, respecto de otros no titulados que serían peritos de peor 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.

Para el supuesto en que el perito ha intervenido previamente en una mediación o arbitraje relacionados sobre el mismo asunto, la ley española de enjuiciamiento civil indica 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) sobre el que ha de proceder a la pericia en el proceso civil al que es llamado para confeccionarla. No obstante, el precepto no posee demasiado sentido salvo que exista acuerdo en contrario de las partes que permita que

mediador y árbitro no queden vinculados por la confidencialidad que les exige tanto la ley de arbitraje como la ley española de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En concreto, el artículo 24.2. de la ley española de arbitraje obliga al árbitro “a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”.

Y otro tanto se puede indicar del mediador ya que según el artículo 9 de la ley española de mediación en asuntos civiles y mercantiles rubricado “Confidencialidad”, señala que en “el procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial” Esa “obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional” (artículo 9.1. de la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles). La “confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal” (artículo 9.2. de la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles). En fin “el mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta. (artículo 21.3. de la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

13. LA OBJETIVIDAD DEL PERITO Y LA PREDISPOSICIÓN DE ÁNIMO DE LOS JUECES

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, además, que “ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible” (artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil). Surge, entonces, la cláusula relativa a que ha actuado con la “mayor objetividad posible”.

En efecto, 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 española de enjuiciamiento civil pretende salvar mediante la denominada tacha del testigo -de la que ya me ocuparé más adelante- 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, como ha quedado indicado, 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). Por tanto, lo indicado sería suficiente para poder valorar la objetividad de su dictamen, aunque el artículo 335.2. de la ley española de enjuiciamiento civil “contiene sólo una norma admonitiva, no preceptiva, ni valorativa de prueba” (HOYA COROMINA) por lo que cierta procesalística española alude a la obligación del perito de suscribir una “cláusula de objetividad” (ORELLANA DE CASTRO) que sería la que se contempla en el artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil.

La exigencia relativa a que el perito “ha actuado” o que “en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes” (artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil) puede que encuentre en el trance de incorporarse el perito al proceso, cierto anecdótico que aun cuando resulte ser recurrente y, a veces, no bien intencionado, discorra justificado en el siguiente argumento: “cuando en alguna conferencia he oído a un juez manifestarse con la predisposición de ánimo a que toda pericia de parte es parcial y que por lo tanto debe valorarse con cuidado o incluso debe ponerse en cuarentena antes de decidir considerarla o no, debo confesar que como perito me he sentido dolido, incluso ofendido, en la medida que tal predisposición pone en cuestión la deontología profesional de mi pericia” (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF). Porque “cierto que hay buenas pericias, informes y dictámenes periciales realizados a conciencia, y hay las que podríamos denominar *pericias clientelares de parte*, sucedáneo de informes, en los que la obtención de una retribución por parte del perito ha primado sobre cualquier otra consideración. Únicamente en tal caso entiendo la razón que tienen los jueces para tal predisposición de ánimo, e incluso les compadezco, pues discernir entre pericias buenas y estas *pseudopericias* puede conllevar en algunos casos ciertas dificultades” (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF).

No obstante, la tan deseada objetividad del perito que es, no se olvide, la “mayor” (artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil), se puede proyectar en la práctica de modo diverso.

Cuando el perito es designado judicialmente “los peritos previamente conocemos poco de qué trata el asunto, y calibramos en nuestra aceptación si sobre el asunto podemos aportar nuestra técnica o conocimientos profesionales para aportar valor, de modo que con nuestro dictamen ilustremos al juez sobre los hechos sucedidos, atendido los extremos solicitados” (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF).

Pero, cuando se está en presencia de un perito de parte, «con seguridad ha habido antes un proceso de intercambio de información, estudio de documentación, etc. en el que el perito pondera si su quehacer profesional en cuanto a conocimientos y tiempo aportará algún valor añadido a la causa que persigue quién le encomienda el encargo, con independencia de la retribución que por ello pueda llegar a recibir. Esta idea del valor añadido a la causa del “encargador” de la pericia, para mí equivale a “adquirir convencimiento” como perito, antes de aceptar la pericia, acerca de si quien nos encarga la pericia tiene “razón” en alguno de los extremos -no necesariamente en todos- que reivindica o pretende reivindicar. Una valoración de su razonabilidad. Y también previamente a la aceptación del encargo pericial, es frecuente la labor de asesoría por parte del perito a quien le solicita el encargo pericial, con el fin de informar a la parte sobre si la prueba que pretende solicitar en juicio es viable y/o posible».

Aunque en el trance de que el perito actúe con una objetividad que sea, no se olvide, la “mayor” (artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil), «como suelo decir antes de aceptar un encargo pericial: ¡A la Sala *entro tranquilo o si no, no entro!* Y ello se traduce en explicarle al “encargador” que como perito no tengo misión de defenderle, -de eso se ocupa el abogado-, sino de exponer con claridad al juez las razones técnicas de quien me hace el encargo, y además limitándome a los extremos contemplados en el mismo. Dicho de otro modo: el primer *convencido* del contenido y las conclusiones del informe debe ser, necesariamente, su autor, lo cual se pone obviamente en evidencia en el juicio por el modo, la claridad y la solidez de sus respuestas a las cuestiones que se le formulan en la Sala, además del contenido técnico de su dictamen escrito» (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF).

14. EL PERITO DE PARTE O PERITO EN EL ÁMBITO PRIVADO

La ley de enjuiciamiento civil admite con el carácter de inédita, la existencia del denominado perito de parte o perito “*en el ámbito privado*” (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF). Pero, una advertencia previa. Puesto que el perito ha de actuar con una objetividad que sea, no se olvide, la “mayor” (artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil), el perito no tendría que ser un “perito de parte” ya que no debe asumir como misión defender a la parte que le encomendó la pericia “-de eso se ocupa el abogado-, sino de exponer con claridad al juez las razones técnicas de quien me hace el encargo -como perito-, y además limitándome a los extremos contemplados en el mismo” (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF).

El perito de parte surge cuando la ley de enjuiciamiento civil sugiere 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 que “explica que la utilidad del dictamen pericial no se ha limitado sólo a la cognición judicial de la relevancia no jurídica de los hechos controvertidos; también ha alcanzado plenamente a los abogados en la tarea preparatoria de sus escritos de demanda y contestación” (ZARZALEJOS NIETO).

Las cuestiones que se plantean con la irrupción de perito de parte en la ley de enjuiciamiento civil son de muy variada índole.

La procesalística ha llegado a indicar que los requisitos de aptitud que se exigen a los peritos en el ámbito privado permiten su designación “con una mayor agilidad” (ORELLANA DE CASTRO) frente a lo múltiples trámites previos que permitirán al perito designado judicialmente entregar su dictamen al tribunal” (ORELLANA DE CASTRO). En efecto, “los requisitos que legalmente se exigen a los peritos en el ámbito privado son, eminentemente, dos: a) ostentar el título oficial (si su especialidad lo requiere), o acreditar ser entendido en la materia, y b) suscribir la cláusula de objetividad del artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil” (ORELLANA DE CASTRO), aunque inmediatamente esa misma procesalística se apresura a indicar que el perito elegida por la parte “deberá acreditar unas aptitudes profesionales adicionales (...) entre otras su solvencia profesional, su formación especializada, su experiencia no sólo como especialista sino como perito forense; la coherencia y razonabilidad de su dictamen escrito; la utilización de la metodología adecuada al caso concreto y validada por su comunidad científica; su capacidad de síntesis, claridad, y concisión, y su oratoria y la adecuada defensa de su dictamen escrito” (ORELLANA DE CASTRO).

Respecto a cuándo aporta la parte el dictamen de su perito, la ley española de enjuiciamiento civil indica que las partes pueden aportar los dictámenes de perito “que estimen necesarios o convenientes para

la defensa de sus derechos” con la demanda o con la contestación (artículo 336.1. de la ley de enjuiciamiento civil) sin perjuicio de que la parte anuncie que los va a aportar posteriormente (artículo 337 de la ley de enjuiciamiento civil) cuando no los haya aportado o no lo pueda aportar se puedan aportar con la demanda o con la contestación.

La parte ha de aportar el dictamen de su perito 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 su pericia o informe pericial. 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.

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 los mismos. Por el contrario, el demandado ha de justificar la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar a la demanda con el fin de que mediante su perito pueda “examinar” (...) las cosas y los lugares cuyo estado y circunstancias sean relevante para su defensa o para la preparación de los informes periciales que pretenda presentar” (artículo 336.5. de la ley de enjuiciamiento civil).

En el caso en que “se trate de reclamaciones por daños personales” el demandado puede “instar al actor para que permita su examen por un facultativo, a fin de preparar un informe pericial” (artículo 336.3.4. y 5. de la ley de enjuiciamiento civil) sin que se prevea “el momento y la forma en la que la demandada debiera solicitar el auxilio judicial” (SANJURJO RÍOS) pero que se muestra como una exigencia que se le pide a la ley de enjuiciamiento civil en nombre del principio de igualdad entre las partes que hundiría según esa concreta procesalística (SANJURJO RÍOS), la aportación del correspondiente peritaje por el demandado en un exasperante procedimentalismo que pugna con el ámbito dispositivo de la “contienda judicial (artículo 248.1. de la ley de enjuiciamiento civil) en el que el bienhechor y protector báculo del “auxilio judicial” del tribunal, se convertiría en determinante.

La ley de enjuiciamiento civil tras establecer que el demandante y el demandado han de aportar los dictámenes de sus peritos con la demanda o con la contestación a la demanda, permite como ha quedado indicado, el “anuncio de dictámenes de parte cuando no se puedan aportar con la demanda o con la contestación” (artículo 337 de la ley de enjuiciamiento civil) ya que “si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio del proceso declarativo ordinario o de la vista en el proceso declarativo verbal”.

Ese “anuncio de dictámenes de parte cuando no se puedan aportar con la demanda o con la contestación” (artículo 337 de la ley de enjuiciamiento civil), actúa “únicamente como excepción a la regla general” (SÁNCHEZ DE LEÓN) según el cual las partes “habrán de aportarlos” -sus dictámenes de parte- (artículo 336.1. de la ley de enjuiciamiento civil) con la demanda y con la contestación o “en cuanto dispongan de ellos” (artículo 337.1. de la ley de enjuiciamiento civil).

La interpretación conjunta de los artículos artículo 336 y 337 de la ley de enjuiciamiento civil obliga, tanto a demandante como a demandado, “a justificar cumplidamente” (SÁNCHEZ DE LEÓN) la imposibilidad de no haber podido presentar antes sus dictámenes de parte con el fin de “que las partes tengan conocimiento desde el inicio del proceso de todos los elementos sustanciales en que la parte contraria funda su pretensión” (XIOL RÍOS) de modo que ambos preceptos “no contienen un mero formalismo, sino que permiten evitar la indefensión para la contraparte” (XIOL RÍOS).

En consecuencia, “es recomendable presentar siempre los informes periciales junto con los escritos rectores del proceso, o si no fuera posible, con antelación suficiente para evitar generar indefensión en la otra parte e incluso la posibilidad de que pueda alegarla” (SÁNCHEZ DE LEÓN).

La ley de enjuiciamiento civil prevé además que, la regla general consistente en que los dictámenes periciales han de ser aportados en la demanda y contestación se excepciona 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 civil declarativo ordinario.

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.

En tal sentido, “no resulta exagerado afirmar que la revitalización del dictamen privado de peritos provocada por la ley de enjuiciamiento civil en ocasiones convierte *-rectius* reduce- el proceso a un duelo de expertos, que pone a los abogados en una posición más secundaria que directiva e invita al juez a descargar la resolución del caso en la traslación a sentencia del informe más convincente” (ZARZALEJOS NIETO). Pese a semejante criterio de esa procesalística que predice un abogado indolente, la postura de ese mismo abogado debe ser la opuesta con el fin de someter la pericia de contrario a un agresivo cuestionamiento. Si así no actuara, se acreditaría que el abogado no ha preparado su caso.

Evidentemente, si el juicio y/o la vista se ubican extrarradio de un ámbito adversativo respecto de la actuación de las partes en esos trascendentales momentos de la tramitación del proceso civil y no existe “contienda judicial” (artículo 248.1. de la ley de enjuiciamiento civil) y sí, en cambio, un juicio y/o vista entendido según cierta procesalística, como “un medio de solventar el conflicto haciendo cesar el enfrentamiento” (NIEVA FENOLL) “al margen por completo de un contexto bélico (¿i) -como sugiere, por ejemplo, el modelo adversarial estadounidense-” (NIEVA FENOLL) y “los principios de intermediación y oralidad en el proceso civil no facilitan una confrontación directa entre el abogado y el perito único” (ORELLANA DE CASTRO) será extremadamente difícil el “cuestionamiento de “los argumentos técnicos del perito, y por tanto, generar la duda en el juzgador” (ORELLANA DE CASTRO).

15. EL PERITO DESIGNADO JUDICIALMENTE

La ley de enjuiciamiento civil regula el perito 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 designado judicialmente concurre el deseo de la parte de obtener un dictamen -la *res*-. No, en cambio, la concreta “persona” de un perito.

No obstante, la procesalística ya ha asumido que «la regulación de la prueba pericial ha provocado el incremento de las peticiones de dictámenes emitidos por peritos de ámbito privado en detrimento de los realizados por peritos de designa judicial, dado que se ha priorizado al perito aportado por las partes por ser, a mi entender, la figura que cumple más fielmente con el espíritu del “dictamen de peritos” como medio de prueba en la ley de enjuiciamiento civil, dando más oportunidades a la parte, al permitirle utilizar el perito escogido no sólo como el emisor del dictamen que se pretende aportar a un procedimiento judicial, sino también como su asesor técnico» (ORELLANA DE CASTRO).

Conviene tener presente que la designación judicial de perito “no tiene como objeto la proposición, la valoración y, en su caso, admisión de un medio de prueba (...) sino la facilitación de un perito a la parte que lo ha solicitado” (ZARZALEJOS NIETO). Pues bien, tales previsiones de la ley de enjuiciamiento civil se proyectan en varios ámbitos.

El perito designado judicialmente irrumpe también 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 a anunciarlo a los efectos de que se proceda la designación judicial de perito conforme a la ley asistencia jurídica gratuita “designándolo el tribunal entre el personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales...” (HUERTA SÁNCHEZ). 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.

Pero, también el demandante o el demandado “en sus respectivos escritos iniciales” pueden solicitar 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 lo que supone que la ley de enjuiciamiento civil “extiende la designación judicial de perito a cualquier litigante que lo solicite, introduciendo (...) una especie de auxilio judicial para la práctica de una prueba sin necesidad de acreditar que el litigante no puede acceder a ella por sí solo” (ZARZALEJOS NIETO).

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).

Esa preceptiva supone que si el perito asume unas conclusiones en su dictamen contrarias a los intereses de la partes que solicitaron su designación judicial, «va a resultar harto difícil cuestionar su conclusión ante el tribunal, puesto que ya no será posible presentar o solicitar un dictamen adicional (lo que se ha venido en llamar un “contraperitaje”) (...) quedándole únicamente la posibilidad de enfrentarse al perito único mediante el único instrumento que le queda: la formulación de preguntas durante el juicio a la vista» (ORELLANA DE CASTRO). La solución aportada es, sin duda, la más óptima al evidenciar que el perito ha de actuar con una objetividad que sea, no se olvide, la “mayor” (artículo 335.2. de la ley de enjuiciamiento civil)

Evidentemente, si el juicio y/o la vista se ubican extrarradio de un ámbito adversativo respecto de la actuación de las partes en esos trascendentales momentos de la tramitación del proceso civil y no existe “contienda judicial” (artículo 248.1. de la ley de enjuiciamiento civil) y sí, en cambio, un juicio y/o vista entendido como “un medio de solventar el conflicto haciendo cesar el enfrentamiento” (NIEVA FENOLL) “al margen por completo de un contexto bélico (¿i) -como sugiere, por ejemplo, el modelo adversarial estadounidense-” (NIEVA FENOLL) y “los principios de inmediatez y oralidad en el proceso civil no facilitan una confrontación directa entre el abogado y el perito único” (ORELLANA DE CASTRO) será extremadamente difícil el “cuestionamiento de “los argumentos técnicos del perito, y por tanto, generar la duda en el juzgador” (ORELLANA DE CASTRO).

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 civil declarativo ordinario y a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en esa fase intermedia de audiencia previa, las partes solicitan del perito que dictamine (artículo 427.4. de la ley de enjuiciamiento civil). Y en el trance de un bis, similar trámite puede 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).

Muy diferente es que “la parte que solicite la designación de perito por el tribunal esté buscando una especie de suplemento probatorio al dictamen que aporta con su demanda o contestación, lo que justificaría no proceder a la designación del perito por el tribunal en la medida en que la necesidad o conveniencia de la misma ha quedado satisfecha por la pericial del perito de confianza” (ZARZALEJOS NIETO).

Pero ¿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). Por tanto, la solicitud de las partes de designar un perito judicial sólo dependerá de que las partes “entiendan” que es “conveniente o necesario” o que lo que dictamine se “considere pertinente y útil” con ocasión de la entrada en la fase intermedia de audiencia previa al juicio del proceso civil declarativo ordinario.

No obstante, cuando en el proceso declarativo ordinario a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias que se planteen en la fase intermedia de audiencia previa de las partes al juicio conforme previene el apartado 4 del artículo 427 de la ley de enjuiciamiento civil, la designación judicial de perito por el tribunal se acuerda “siempre que considere pertinente y útil el dictamen” (artículo 339.3. de la ley de enjuiciamiento civil). Y del mismo modo actuará el tribunal cuando la designación judicial tiene lugar con ocasión de la celebración de vista en el proceso declarativo verbal “en cuyo caso se interrumpirá hasta que se realice el dictamen” (artículo 339.3. de la ley de enjuiciamiento civil).

En un caso -designación judicial de perito a solicitud de las partes- como en otro -designación judicial de perito por el tribunal “siempre que considere pertinente y útil el dictamen”-, a “la solicitud de designación del perito por el tribunal deberá contener, necesariamente, la descripción de los hechos litigiosos sobre los que la parte desea que recaigan las operaciones periciales y el posterior dictamen pericial” (ZARZALEJOS NIETO) de modo que “esa descripción es necesaria, en primer lugar, para que la parte contraria valore si se suma a la petición de designación judicial, en cuyo caso deberá participar con la mitad de la provisión de fondos y, en caso de que no haya condena en costas, la mitad de los honorarios definitivos. En segundo lugar, es preciso que la parte solicitante detalle los hechos objeto de la pericia para identificar la cualificación técnica exigible al perito (...) y, por tanto, para acudir a una u otra lista pericial,

incluso para designar al concreto experto sobre el que las partes se han puesto previamente de acuerdo” (ZARZALEJOS NIETO).

Respecto al acuerdo o desacuerdo sobre la designación judicial del perito y la lista corrida, se puede aludir a dos supuestos.

a) *Acuerdo sobre la designación judicial de un único perito.* 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” en cuyo caso “así lo acordará el tribunal” (artículo 339.4. de la ley de enjuiciamiento civil).

b) *El desacuerdo sobre la designación judicial de un único perito. La “lista corrida”.* 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”. Lo que, a su vez, obliga a tener en cuenta algunas reflexiones añadidas.

- ✓ *La denominada “lista corrida” adopta la metodología del numerus apertus.* En efecto, la ley de enjuiciamiento civil no exige ningún requisito añadido a los referidos a los de aptitud del perito designado judicialmente en el artículo 341 de la ley de enjuiciamiento civil “por lo que estamos ante un sistema de *numerus apertus*” (ORELLANA DE CASTRO) ya que “con carácter general, podrá incorporarse a las listas y ejercer como perito designado por el tribunal todo aquel que acredite tener título oficial o sea entendido en alguna materia determinada” (ORELLANA DE CASTRO).
- ✓ *El procedimiento para la designación judicial de perito se caracteriza por excluir la insaculación.* La insaculación se justificaba en el sorteo de peritos que contemplaba la ley española de enjuiciamiento civil de 1881 (artículo 616 la ley de enjuiciamiento civil de 1881). La vigente ley de enjuiciamiento civil sustituye la insaculación por la designación judicial de perito a través de lista corrida basada con arreglo a 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 española 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 de modo que la ley de enjuiciamiento civil “no distingue entre colegiación obligatoria y colegiación voluntaria” (ZARZALEJOS NIETO).
- ✓ *¿En qué consiste el sistema de designación judicial 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.

- ✓ *No obstante, la procesalística ha criticado que en los supuestos en que, por la singularidad de la materia del dictamen, únicamente se dispone del nombre de una persona entendida o práctica (artículo 341.2. de la ley de enjuiciamiento civil), se podría justificar «una nominación “a dedo” de manera continuada de un mismo perito» (ORELLANA DE CASTRO). que “podría provocar una deslegitimación de las decisiones del juez, pues la designa del perito entendido cada vez que se precise de un informe pericial de una determinada especialidad en un mismo tribunal podría crear suspicacias, tratos de favor, o incluso una vinculación demasiada directa entre perito y juez, lo que podría afectar a la objetividad y la probidad de las decisiones tomadas en ese procedimiento judicial” (ORELLANA DE CASTRO).*

Respecto del llamamiento del perito designado judicialmente se realiza en el mismo día o siguiente día hábil a la designación, procediendo el letrado de la administración de justicia a comunicarla 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.

En cuanto a la provisión de fondos del perito designado judicialmente, 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. El perito designado judicialmente “se garantiza el cobro anticipado de, al menos, una provisión de fondos, cuyo importe es determinado por el experto” [o sea, el perito] (ZARZALEJOS NIETO) aunque el letrado de la administración de justicia podría rechazar el importe de la provisión de fondos solicitada “si la considera excesivamente onerosa, bien en relación con la cuantía del procedimiento, bien por comparación con los honorarios ofrecidos por entidades distintas a las del perito designado” (ZARZALEJOS NIETO).

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 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 designado judicialmente 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.

El perito designado judicialmente debe emitir su dictamen por escrito que ha de hacerlo llegar al tribunal. No cabe duda que el objeto dictamen del perito designado judicialmente a diferencia del dictamen de perito designado por cada una de las partes, se encuentra delimitado “por la resolución judicial que fije el objeto de la prueba pericial a desarrollar, por lo que en ningún caso este perito podrá excederse de ese marco competencial” (ORELLANA DE CASTRO) por lo que resulta evidente que a diferencia del dictamen de perito designado por cada una de las partes, “no podrá sugerir, ni al tribunal ni a la parte proponente, una ampliación de la prueba o investigación diferente a la acordada” (ORELLANA DE CASTRO)

El perito designado judicialmente 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).

16. EL PERITO JUDICIAL

El perito judicial es una figura residual para la ley española de enjuiciamiento civil. Al respecto, el tribunal puede designar perito por propia iniciativa o “*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 (artículo 339.5. de la ley de enjuiciamiento civil). O sea, procesos que para una cierta procesalística con grave

dislocación conceptual, denomina “procesos inquisitivos” (CORTÉS DOMÍNGUEZ, GARBERÍ LLOBREGAT).

El perito judicial si bien es nombrado por propia iniciativa del tribunal y actúa a petición del propio tribunal que lo ha designado, no es posible conceptuarlo como medio de prueba y sí como un “asesor” (“*consulente*”/“*expertise*”) técnico que actúa porque se lo pide el tribunal.

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 quién es el experto nombrado para el caso” (VÁZQUEZ).

17. 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 puede acompañar “otras actividades” que es posible que desarrolle con esa finalidad el perito. En concreto, esas otras actividades requieren de una serie de precisiones añadidas.

1. “Operaciones periciales” del perito. La ley española 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. La “operación pericial” puede ser presenciada por las partes y sus abogados 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) y lo que es peor aún que se considere que el abogado estorba. No obstante, a cierta procesalística le gusta o se siente a gusto con ese ninguneo del abogado. En concreto, en el caso de la pericial contable “no tendría mucho sentido que se practique la prueba en presencia de las partes y de sus respectivos abogados, por un lado, porque la intervención se limitaría a observar como el perito examina la documentación pues no cabe formular ninguna alegación y, por otro, porque pueden necesitarse varios días” (CÁMARA RUIZ). Pero, puede que el abogado exija ver qué documentación se examina.

Ese “extraña” negativa -muy próxima al “ocultismo” procesal y, por tanto, en detrimento de una real confrontación *inter partes* de los resultados contables- a que las partes y sus abogados puedan estar presentes en la práctica de la pericial contable puede ocasionar indefensión y vulneración de la garantía procesal 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” (GUERRERO ROMEO).

Esa “extraña” negativa a que las partes y sus abogados puedan estar presentes en la práctica de la pericial contable puede justificar el desconcierto mayúsculo en lo que atañe, a que «en todo caso afirma el artículo 345 de la ley de enjuiciamiento civil que las partes “podrán” presenciar la labor del perito y [que] el tribunal en este caso decidirá lo que proceda» (GUERRERO ROMEO). En el derecho del abogado a 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” (GUERRERO ROMEO). Pero se aporta otra argumentación que se encuentra referida a que en “caso de no hacerlo la parte -o sea que no se traslade el abogado de la parte para presenciar la realización de las “operaciones periciales”- no queda en indefensión” (GUERRERO ROMEO).

Y ante el asombro que pueda surgir de la circunstancia de que la parte “no queda en indefensión” (GUERRERO ROMEO), se construyó la siguiente 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” (GUERRERO ROMEO). Por tanto, que sucede ¿y si se le perjudica a la parte que quiso presenciar la realización de las “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” (GUERRERO ROMEO) o que deba explicar, en todo caso, en el juicio su pericial contable para cuando se postula, de modo inmisericorde, una “justicia de despacho” en el que las partes no tienen posibilidad de intervenir.

3. *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 española de enjuiciamiento civil alude al cotejo de letras. El cotejo o confrontación de “letras” afecta tanto al documento privado como al público. Al respecto es preciso realizar las siguientes puntualizaciones.

a) *El cotejo de letras se conceptúa técnicamente como un “dictamen judicial”.* Le es de aplicación lo dispuesto en los artículos 341 y 342 de la ley de enjuiciamiento civil sobre designación de perito y provisión de fondos.

b) *Cotejo o confrontación de “letras” que afecta a un documento privado.* 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).

c) *Cotejo o confrontación de “letras” que 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.

d) *Práctica del cotejo.* 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:

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

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

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

“4º. 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 preterir 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.

Esa 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 juez y/o magistrado o el 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 negativa a formarlo provoca que el documento impugnado “se considere [rará] 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 (artículo 350.4. de la ley de enjuiciamiento civil). No obstante, lo correcto será que esa valoración “deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del proceso, considerados

individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón” (artículo 218.2. de la ley de enjuiciamiento civil). Ante las “reglas de la lógica y de la razón”, sobran o resultan inútiles los rancios apotegmas o dichos breves, sentenciosos y felices, especialmente porque tienen celebridad por haberlos proferido o escrito alguna personalidad procesalística, justificados en la “reglas de la sana crítica”, “máximas de la experiencia”, “reglas del criterio humano” *und so weiter*.

Por tanto, la “lógica y de la razón” (artículo 218. 2. de la ley de enjuiciamiento civil) son los auténticos estándares a tener en cuenta en el ámbito de la valoración del medio probatorio.

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).

4. *Otros dictámenes periciales instrumentales de pruebas distintas*. La procesalística alude a que se está en presencia de un “dictamen instrumental” (ZARZALEJOS NIETO) aunque “no se trata de una pericial genérica sobre cualquier medio de prueba, sino sobre aquellos medios que son mencionados en los apartados 2 y 3 del artículo 299” de la ley de enjuiciamiento civil (ZARZALEJOS NIETO) y “cuya finalidad es reforzar la fiabilidad de otro medio de prueba cuya naturaleza lo hace especialmente sensible a las impugnaciones del contrario, especialmente a las que recaen sobre su autenticidad y exactitud. Se trataría, por ejemplo, del dictamen que acreditara la integridad de una grabación de vídeo o de audio, o de un dispositivo de almacenamiento de datos (discos duros, pen drive), o la identificación de voces o persona grabadas” (ZARZALEJOS NIETO).

18. 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.

La procesalística ha puesto de relieve que “la declaración del perito en juicio es una actividad probatoria vinculada al dictamen pericial, pero autónoma del mismo, en la medida en que se practica con plena contradicción y puede dar lugar a nuevas actividades periciales (ampliaciones de su informe) o a afirmaciones y conclusiones distintas de las emitidas en el dictamen, las cuales quedarían sin efecto por el valor superior de una prueba realmente sometida a inmediatez judicial y examen contradictorio” (ZARZALEJOS NIETO). Por tanto, “*la defensa o contradicción de la prueba pericial en el plenario acostumbra a ser determinante para dotarla de una mayor eficacia*” (ORTIZ RODRÍGUEZ, MÉNDEZ TOMÁS). 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 o dejar de tener en cuenta 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.

“6º. 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 entenderlo mejor aludir a la siguiente jurisprudencia: “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” (SUBIJANA ZUNZUNEGUI). 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” (SUBIJANA ZUNZUNEGUI).

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

7. *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 que pueda pedir su ampliación lo que es una exigencia que impide que el tribunal se introduzca en el peritaje como una parte más.

Para cierta procesalística “la limitación de las preguntas del tribunal a lo que es objeto del dictamen debería entenderse en el sentido de que el tribunal no puede solicitar al perito que se pronuncie sobre posibles aspectos que debió tener en cuenta y no aparecen en su informe” (ZARZALEJOS NIETO) en la medida en que esa actividad “supondría asumir de oficio la incorporación de hechos al acervo probatorio del proceso y corregir por propia iniciativa los defectos de una prueba que siempre es de parte, aunque el perito haya sido designado judicialmente” (ZARZALEJOS NIETO).

19. VALORACIÓN DEL DICTAMEN DEL PERITO

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 indica 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”.

Pero, es más cierto que la valoración del dictamen del perito “deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del proceso, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón” (artículo 218.2. de la ley de enjuiciamiento civil). Ante las “reglas de la lógica y de la razón”, sobran o resultan inútiles los rancios apotegmas o dichos breves, sentenciosos y felices, especialmente porque tienen celebridad por haberlos proferido o escrito alguna personalidad procesalística, justificados en la “reglas de la sana crítica”, “máximas de la experiencia”, “reglas del criterio humano”, “reglas de experiencia” (STEIN) *und so weiter*.

Por tanto, la “lógica y la razón” (artículo 218. 2. de la ley de enjuiciamiento civil) son los auténticos estándares a tener en cuenta en el ámbito de la valoración del medio probatorio. Lo que supone tener en cuenta unas precisiones añadidas.

1. *En la vigente ley española de enjuiciamiento civil no existe cambio sustancial en el modo en que el tribunal ha de valorar el dictamen pericial.* No han cambiado los criterios de valoración respecto a la de la ley de enjuiciamiento civil anterior (BAENA RUIZ).

2. *¿Qué se entiende por la “lógica y la razón” del dictamen pericial?* Se ha señalado que “el tribunal, al valorar la prueba por medio de dictamen de peritos, deberá ponderar, entre otras cosas, las siguientes cuestiones: 1º.- 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). 2º.- 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). 3º.- 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). 4º.- 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)” (BAENA RUIZ).

3. *¿Cuándo se infringe la “lógica y la razón” en un dictamen pericial?* “1º.- 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). 2º.- 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). 3º.- 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). 4º.- 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)” (BAENA RUIZ).

20. INUTILIDAD DE LA RECUSACIÓN DEL PERITO DESIGNADO JUDICIALMENTE

La ley española de enjuiciamiento civil prevé la recusación de los peritos que han sido designados judicialmente. En este punto, 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 magistrados en el artículo 165 CAZ. Sería una “recusación sin causa”. Esa 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 diseñó 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 designado judicialmente 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” (PICÓ i JUNOY) que se derivaría “de la necesaria independencia judicial” (PICÓ i JUNOY) 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” (PICÓ i JUNOY).

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.

Y si bien la metodología de la lista corrida ni discrimina al perito ni lo hace por tal motivo sospechoso de ser inepto e incompetente, conviene tener presente que 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.

No obstante, el artículo 124 de la ley de enjuiciamiento civil autoriza la recusación del perito designado judicialmente que “se hará en escrito firmado por el abogado y el procurador de la parte” (artículo 125.1. de la ley de enjuiciamiento civil) provocando un incidente de previo pronunciamiento en el que el tribunal que procede a “estimar la recusación” y “el perito recusado será sustituido por el suplente” (artículo 127.3. de la ley de enjuiciamiento civil); aunque no sería lógica la recusación del perito designado judicialmente, pero propuesto de conformidad por ambas partes ya que como ha puesto de relieve cierta procesalística “el acuerdo de las partes sobre un concreto perito queda asimilado a la designación de confianza y, por tanto, una recusación sería tanto como actuar contra un acto propio” (ZARZALEJOS NIETO).

21. INUTILIDAD DE LA TACHA DEL PERITO DE PARTE

La ley de enjuiciamiento civil 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 española de enjuiciamiento civil sobre la tacha de perito no posee justificación alguna pues en la medida en que “la ley de enjuiciamiento civil de 2000 apostó de manera audaz por el modelo anglosajón” en el que “el perito de designación judicial es marginal, siendo habitual el dictamen pericial de parte” (NIEVA FENOLL), 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, aunque cierta procesalística prefiere aludir a perito “*en el ámbito privado*” (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF).

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 española de enjuiciamiento civil. Pero, no. El guion proveniente de la derogada ley de enjuiciamiento civil de 1881 es asumido sin condescendencia 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*” (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF) o “*en el ámbito privado*” (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF) 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.

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 (o, vista) 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 española de enjuiciamiento civil, acorde con la “cultura del incidente”, hunde la tacha del perito del perito en un incidente de previo pronunciamiento. 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 proceso declarativo verbal, en cambio, en la vista, contribuyendo aún más a la confusión y al desorden de actividades y menesteres que deberían hallar concreción en el juicio (o, en la vista).

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 por qué 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 española 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 “*por encargo*” (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF) o *en el ámbito privado*” (FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF) -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 y añeja tacha del perito y sin perjuicio de que la tacha “no impide la incorporación del dictamen del perito al proceso, ni su declaración en el juicio oral” (ZARZALEJOS NIETO).

Bibliografía:

ALFARO PINILLOS, R., *Diccionario práctico de Derecho procesal civil*. Editora jurídica Grijley. 2º edición. Lima 2006, pág. 683.

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*. Editorial Temis. Bogotá 2013. Traducción de Álvaro Pérez-Ragone y Antonio Morales Mutis, pág. 123, 124, 144.

ANSANELLI, V., *El modelo italiano de la consulenza tecnica d'ufficio. Falta de caracterización probatoria de los instrumentos de adquisición del conocimiento científico en el proceso civil*, en *La prueba pericial a examen. Propuesta de lege ferenda*. Bosch Procesal. Barcelona 2020, pág. 244.

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

ARZANEGUI SARRICOLEA, J. Mª. en A. Mª. Lorca Navarrete. *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 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. Nº de Recurso: 2006/2013. Nº de Resolución: 702/2013 Procedimiento: CIVIL. Tipo de Resolución: Sentencia.*

- BANACLOCHE PALAO, J., y CUBILLO LÓPEZ, I. J., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal civil*. 4ª Edición. Wolters Kluwer. Madrid 2018, pág. 331 y ss.
- CÁMARA RUIZ, J., *Aspectos de la prueba pericial contables*, en Entorno a la prueba y al proceso. Comares. Granada 2019, pág. 141.
- COMOGLIO, L. P., FERRI, C. y TARUFFO, M. *Lezioni sul processo civile*. Il Mulino. Segunda edición. 1998, pág. 679.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil. Partes especial*. Tirant Lo Blanch. 10ª edición. Valencia 2019, pág. 30, 31.
- DI PIRRO, M., *Schemi & Schede di Diritto Processuale Civile. Metodo schematico Simone*. XV Edizione. Napoli 2019, pág. 135.
- DI LORENZO, F., *Schemi di diritto processuale civile*, V Edizione 2018. Nel Diritto Editore, pág. 216.
- DONDI, A., *Pruebas periciales en las tradiciones jurídicas del civil y common law. Unas consideraciones arriesgadas tras el cambio de siglo*, en La prueba pericial a examen. Propuesta de *lege ferenda*. Bosch Procesal. Barcelona 2020, pág. 173.
- 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.
- FERNÁNDEZ-GOULA PFAFF, J., *La pericia como actividad dirigida al Juez*. ESPECIAL LA LEY Probática nº 1 de 22 de septiembre de 2020.
- FETTWEIS, A. *Manuel de procedure civile*. Faculté de Droit de Liège 1987, pág. 380.
- FLORES PRADA, I. *La prueba pericial de parte en el proceso civil*. Tiran Monografías. Valencia 2005, pág. 148.
- FLORES PRADA, I., *Veinte años de vigencia del modelo dual de prueba pericial en el proceso civil (Breve balance y propuestas de reforma)*, en La prueba pericial a examen. Propuesta de *lege ferenda*. Bosch Procesal. Barcelona 2020, pág. 368.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Prueba pericial (arts. 335-353)*, en Los procesos civiles, Tomo III. Editorial Bosch. Barcelona 2001, pág. 161.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho procesal civil. Procesos declarativos y procesos de ejecución*. 5ª Edición. Edición Bosch. Wolters Kuwer. 2019, pág. 307.
- 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, pág. 387.
- GUERRERO ROMEO, Mª de las M. en LORCA NAVARRETE, A. 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. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2014, pág. 159, 372.
- HABSCHEID, W. J. *Droit judiciaire privé suisse*. Genève 1975, pág. 402.
- HOYA COROMINA, J. en LORCA NAVARRETE, A. Mª., *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. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2011, pág. 65, 176, 364.
- HUERTA SÁNCHEZ, Mª. E. en LORCA NAVARRETE, A. Mª., *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. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2014, pág. 482.
- KELLER ECHEVARRIA, Mª del C. en LORCA NAVARRETE, A. Mª., *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. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2014, pág. 253.

- LIEBMAN, E. T. *Manuale di diritto processuale civile. Principi*. Giuffrè Editore. Milano 1992, pág. 322, 336, 347, 348, 353, 369, 406, 407, 411, 417.
- LORCA NAVARRETE, A. M^a., *El viraje hacia el perito de parte en el proceso civil*. Boletín nº 29 del Instituto Vasco de Derecho Procesal de 22 de enero de 2018. Disponible en: <http://leyprocesal.com/administrar/mailling/VisualizarMailing.asp?codN=201>.
- LORCA NAVARRETE, A. M^a., *La inutilidad de la recusación del perito judicial*, en Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, 3, 2018, pág. 505, 506, 507.
- LORCA NAVARRETE, A. M^a., *La aptitud para ser perito*. Boletín del Instituto Vasco de Derecho Procesal de 28 de septiembre de 2020. Disponible en: <http://leyprocesal.com/administrar/mailling/VisualizarMailing.asp?codN=919>.
- LORCA NAVARRETE, A. M^a., *El difícil y tortuoso tránsito hacia el dictamen del perito de la procesalística*. Boletín del Instituto Vasco de Derecho Procesal de 5 de octubre de 2020. Disponible en: <http://leyprocesal.com/administrar/mailling/VisualizarMailing.asp?codN=924>.
- LÖSING, N., *La prueba pericial en el proceso alemán*, en La prueba pericial a examen. Propuesta de *lege ferenda*. Bosch Procesal. Barcelona 2020, pág. 229.
- MARTORELLI, *La prueba pericial. Consideraciones sobre la prueba pericial y su valoración en la decisión judicial*, disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/74553/Versi%C3%B3n_en_PDF.pdf?sequence=1.
- 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*. LA LEY. Wolters Kluwers. Madrid 2016, pág. 75.
- NIEVA FENOLL, J. *Enjuiciamiento prima facie*. Atelier libros jurídicos. Barcelona 2007, pág. 58.
- NIEVA FENOLL, J. *Derecho procesal II. Proceso civil*. Marcial Pons. Madrid 2015, pág. 204, 210.
- NIEVA FENOLL, J. *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*. Marcial Pons. Madrid 2016, pág. 32, 43, 313; 328, 330.
- NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal civil II. Proceso civil*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2019, pág. 223, 260.
- ORELLANA DE CASTRO, R., *La prueba pericial por designación judicial a debate: ¿qué problemas plantea en la práctica y cuáles son sus soluciones?*, en La prueba pericial a examen. Propuesta de *lege ferenda*. Bosch Procesal. Barcelona 2020, pág. 98, 101, 103, 104, 105, 106.
- ORTIZ RODRÍGUEZ, C., y MÉNDEZ TOMÁS, R. M. *El juez y su convencimiento de los hechos ¿qué se espera de un buen perito y de su dictamen pericial?*, en La prueba pericial a examen. Propuesta de *lege ferenda*. Bosch Procesal. Barcelona 2020, pág. 155.
- 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, pág. 22, 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. 2019, pág. 120 y ss.
- PICÓ i JUNOY, J. *La prueba pericial civil en la literatura procesal española*, en La prueba pericial a examen. Propuesta de *lege ferenda*. Bosch Procesal. Barcelona 2020, pág. 37.
- PICÓ i JUNOY, J., ABEL LLUCH, X., *Reformas necesarias de la prueba pericial*, en La prueba pericial a examen. Propuesta de *lege ferenda*. Bosch Procesal. Barcelona 2020, pág. 280, 282.
- PRIETO CASTRO, L. *Derecho procesal civil*. Tomo I. Librería General. Zaragoza 1946, pág. 343.
- PROPUESTA DE LOS PROFESORES DE DERECHO PROCESAL. *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizada por profesores de Derecho Procesal*. Tomo I. Madrid 1972, pág. 251.

- RIVERA GONZÁLEZ, M. *Los procesos declarativos ordinarios: la prueba y el juicio verbal*. 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.
- RUFFNER DE VEGA, J. G. R., *La prueba pericial*, en Quipukamayoc. Revista de la Facultad de Ciencias Contables. Universidad Mayor San Marcos. Lima - Perú. Vol. 22. N° 42, pág. 140.
- SÁNCHEZ DE LEÓN, J., *El error frecuente de presentar los dictámenes periciales cinco días antes de la Audiencia Previa. Doctrina de nuestro Tribunal Supremo sobre el artículo 337 LEC*, en el Diario La Ley, N° 8843, Sección Legal Management, 14 de octubre de 2016, Editorial Wolters Kluwer.
- SANJURJO RÍOS, E. I. *Los poderes probatorios de los órganos judiciales en el actual panorama procesal civil*. Universidad de León. Área de Publicaciones. 2010, pág. 34.
- SANJURJO RÍOS, E. I., *Una “relativa” mejora en el acceso a las fuentes de prueba del demandado: a propósito del art. 336.5. LEC*, en Entorno a la prueba y al proceso. Comares. Granada 2019, pág. 36.
- SASSANI, B., *Lineamenti del processo civile italiano. Tutela giurisdizionale, procedimenti di cognizioni, cautele, esecuzione*. Giuffrè Editore. Milano 2017, pág. 254, 315.
- SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en La prueba pericial a examen. Propuesta de lege ferenda*. Bosch Procesal. Barcelona 2020, pág. 56.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. *La prueba pericial*, en Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000, Tomo II, coordinados por J. Alonso Cuevillas. Editorial Difusión jurídica. Barcelona 2000, pág. 284.
- STEIN traducido por DE LA OLIVA SANTOS, A., *El conocimiento privado del juez*. Centro de Estudios Ramón Areces. 1990.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. en LORCA NAVARRETE, A. 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*. Año 2004. Volumen IV. 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.
- VÁZQUEZ, C., *La imparcialidad, la independencia y la objetividad pericial*. Los factores humanos de los expertos, en La prueba pericial a examen. Propuesta de lege ferenda. Bosch Procesal. Barcelona 2020, pág. 117 y ss.
- VINCENT, J., GUINCHARD, S., *Procédure civile*. 22^a édition. 1991. Dalloz. 1991, pág. 790.
- XIOL RÍOS, J. A., *Roj: STS 7351/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7351. Id Cendoj: 28079110012010100 829. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid. Fecha: 27/12/2010. Sección: 1. N° de Recurso: 965/2007. N° de Resolución: 872/2010. Procedimiento: CIVIL. Tipo de Resolución: Sentencia*.
- ZARZALEJOS NIETO, J., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, La Ley. Wolters Kluwer, 2019, pág. 15, 17, 20, 24, 25, 37, 38, 42, 45, 50, 63, 64, 69, 86, 93, 102, 159, 160, 172, 219, 228.