

ALGUNAS REFORMAS EN LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN LA LEY 1/2000, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Xavier Abel Lluch

Magistrado excedente. Profesor de la Facultad de Derecho ESADE-URL.

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

RESUMEN: El presente estudio analiza la regulación de la prueba pericial en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Como es sabido se trata de una de las instituciones que sufrió un mayor cambio en su regulación legal con respecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Se ha pasado de una pericial única, oficial e intrajudicial, a un modelo dual de pericial que admite los dictámenes a instancia de parte y los dictámenes de los peritos de designación judicial.

La prueba pericial ha sido objeto de diversos estudios doctrinales, e incluso ya de alguna propuesta de reforma, en orden a la simplificación de su regulación legal. En este estudio se analizan los principales aspectos de la vigente regulación legal, tales como la aportación de los dictámenes, los sistemas de designación de los peritos, las listas de peritos, la capacidad del perito, la aceptación del cargo, la provisión de fondos, los derechos y deberes del perito, el reconocimiento, emisión y contradicción del dictamen pericial y, finalmente, su valoración. En el análisis de estos aspectos se efectúan propuestas *de lege ferenda*.

El estudio concluye recogiendo de forma ordenada las distintas propuestas *de lege ferenda*, con la finalidad de ofrecer una visión más completa de la regulación de la prueba pericial.

PALABRAS CLAVE: Ley de Enjuiciamiento Civil/ peritos forenses/ los sistemas de designación de los peritos/ derechos y deberes del perito

ABSTRACT: This study analyzes the regulation of the expert witness in the Civil Procedural Law 1/2000 of January 7th. As it is well known, the expert witness is one of the institutions that has suffered a great change in its regulation with respect to the Civil Procedural Law of 1881. We have passed from a unique, official and intraprocedural expert witness, to a dual model that admits both the opinion ("dictámenes") from the parts and the opinion by experts appointed by the judge.

The expert witness has been the object of several scientific studies, and even more of some proposals of reform, in order to simplify the legal regulation. In this study we analyze the principal aspects of the regulation, such as the presentation of the opinion, the expert witness systems' of appointment, the lists of expert witness, the capacity of the expert witness, the acceptance of the position, the allocation of funds, the rights and duties of the expert witness, the inspection, the delivery and the contradiction of the opinion, and finally, its assessment. In the analysis of each aspect we formulate proposals of *lege ferenda*.

The study concludes offering an ordered proposal of *lege ferenda*, with the aim of simplifying the legal interpretation of the expert witness.

KEY WORDS: Civil Procedural Law, expert witness, expert witness systems' of appointment, rights and duties of the expert witness

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN LEGAL. III. OBJETO. IV. APORTACIÓN. V. DESIGNACIÓN DEL PERITO. VI. LISTAS DE PERITOS. VII. CAPACIDAD DEL PERITO. VIII. ACEPTACIÓN DEL CARGO. IX. LA PROVISIÓN DE FONDOS. X. DERECHOS Y DEBERES DEL PERITO. 1. Derechos del perito. 2. Deberes del perito. XI. RECONOCIMIENTO, EMISIÓN Y CONTRADICCIÓN. XII. VALORACIÓN. XIII. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) ha experimentado un vuelco a la regulación de la prueba pericial, que ha sido objeto de diversos estudios doctrinales¹, incluyendo algunas propuestas de reforma, entre las que destaca la del Prof. Serra Domínguez, cuyas aportaciones serán objeto de especial consideración a lo largo de este estudio².

Se ha llegado a afirmar que la prueba pericial es la institución donde existen más diferencias a la hora de su aplicación práctica³. Semejantes críticas tampoco han resultado paliadas por la reforma operada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial⁴, que se limitó a modificaciones menores de la prueba pericial.

Este estudio analiza críticamente la regulación legal y propone algunas reformas, partiendo de su actual configuración, con el ánimo de simplificar su interpretación.

II. REGULACIÓN LEGAL

Tras analizar la configuración de la prueba pericial en la LEC de 1881, destacaremos las principales novedades de la LEC y precisaremos su naturaleza jurídica.

- 1 Sobre la prueba pericial en general, tras la promulgación de la LEC, y por orden de aparición, pueden consultarse las siguientes monografías: FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000; ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; PICÓ i JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español. Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, J.M.Bosch editor, 2001; ILLESCAS RUS, A.V., *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002; FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; ABEL LLUCH, X. y PICÓ i JUNOY, J. (dirs), *La prueba pericial*, J.M.Bosch, Barcelona, 2009; JURADO BELTRÁN, D., *La prueba pericial civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2010. Desde la perspectiva judicial puede citarse AAVV, *La prueba pericial en el proceso civil*, Ledesma Ibáñez, P., y Zubiri de Salinas, F. (dirs), Cuadernos de Derecho Judicial XII/2006, CGPJ, 2006. Puede también consultarse los capítulos de SERRA DOMÍNGUEZ, M., "La prueba pericial", en *Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, págs.277-329 y del mismo autor en *Estudios de Derecho Probatorio*, ed. Communitas, Lima, 2009, págs. 487-538; MUÑOZ SABATÉ, LL., "Prueba pericial", en *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2001, pp.331-355; MONTERO AROCA, J., "Dictamen de peritos", en *La prueba en el proceso civil*, 7ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2012; págs.331-387.
- 2 SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Algunas reformas urgentes de la Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003-3, págs.187-197, ofrece una propuesta de nueva redacción de los artículos 335 a 350 LEC partiendo de la vigente regulación.
- 3 LÓPEZ CHOCARRO, I., "La prueba pericial en la LEC 1/2000: sombras y contradicciones que justifican una reforma", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 703, de 20 de abril de 2006, pág.6.
- 4 Publicada en el BOE de 4 de noviembre de 2009.

La LEC de 1881 regulaba un sistema de pericial única, judicial y oficial. Las partes proponían la prueba pericial y el juez conservaba el juicio sobre la admisibilidad de la prueba, determinaba los extremos del dictamen pericial, el número (uno o tres) de peritos, y su condición profesional (art. 613 LEC 1881), pudiendo acordarla de oficio para mejor proveer con peritos de su elección (arts. 340.3º y 630, II LEC 1881). Se admitían los dictámenes extrajudiciales, pero su naturaleza jurídica era muy discutida, pues aun existiendo una doctrina jurisprudencial consolidada que no les reconocía el carácter de prueba pericial al no haberse llevado con observancia de las normas que regulaban su práctica (SSTS de 9 de marzo de 1998⁵ y 26 de noviembre de 1990⁶), unas veces se las consideraba "pericias documentadas" que debían ser ratificadas a través de la prueba testifical (SSTS 15 de noviembre de 2007⁷, de 6 de febrero de 1998⁸ y de 13 de mayo de 1996⁹), mientras que otras veces les negaba la naturaleza probatoria de documento a efectos del recurso de casación (STS de 30 de julio de 1992¹⁰ y 26 de septiembre de 1988¹¹) o se les negaba la naturaleza de declaración testifical (STS de 4 de diciembre de 1965¹²). A menudo, con mayor prudencia y acierto, se las trataba como unas conclusiones técnicas que el jugador debía atender en una valoración conjunta de la prueba (STS de 26 de noviembre de 1990¹³).

La regulación de la prueba pericial (arts. 335-350 LEC), tildada por algún autor de "un verdadero *labyrinthus peritiae*"¹⁴, "auténtico galimatías procesal"¹⁵, o "verdadero caos

5 La STS, Sala 1ª, de 9 de marzo de 1998, fto. jco.4º (EDJ 1998/1516) recuerda que "[...] es reiterada doctrina de esta Sala, [...], la de que los informes acompañados con la demanda, en cuanto prueba preconstituida extraprocesalmente, no se les puede atribuir el carácter de prueba pericial, al no haber sido emitido el referido informe con las garantías procesales exigidas para una prueba de esta naturaleza (artículos 612, 614, 617, 619 LEC 1881)".

6 STS, Sala 1ª, de 26 de noviembre de 1990, fto. jco.2º (EDJ 1990/10740).

7 La STS, Sala 1ª, de 15 de noviembre de 2007, fto. jco.2º (EDJ 2007/206035) razona: "En realidad, el motivo de casación, más que combatir la valoración del dictamen elaborado por el perito judicial, pretende imponer los resultados del dictamen médico aportado con la demanda, que en la Ley de Enjuiciamiento de 1881 carece, en rigor, del carácter de prueba pericial, tratándose de un informe de parte que no puede tener más valor probatorio que el propio de un documento cuyo contenido se ha ratificado por su autor, por vía de declaración testifical prestada en el período probatorio de primera instancia".

8 STS, Sala 1ª, de 6 de febrero de 1998, fto. jco.1º (EDJ 1998/588) la cual, a su vez, cita las SSTS de 30 de diciembre de 1985, de 10 de febrero de 1988 y de 18 de mayo de 1993.

9 STS, Sala 1ª, de 13 de mayo de 1996, fto. jco.4º (EDJ 1996/2168).

10 STS, Sala 1ª, de 30 de julio de 1992, fto. jco.1º (EDJ 1992/8643).

11 STS, Sala 1ª, de 26 de septiembre de 1988 (AC 73/1989).

12 STS, Sala 1ª, de 4 de diciembre de 1965 (RAJ 1965/5742).

13 La STS, Sala 1ª, de 26 de noviembre de 1990, fto. jco.2º (EDJ 1990/10740) afirma que "[...] corresponde al Juzgador de instancia en todo caso su apreciación según las reglas de la sana crítica ya que, en definitiva, en uno y otro supuesto [en referencia al dictamen extrajudicial y al judicial], tienen el mismo contenido intrínseco de auxilio para el Juez, ilustrando la libre valoración y apreciación, conforme a los artículos 1243 del Código Civil y 642 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin estar obligado a sujetarse a dichos dictámenes". Cita, a su vez, las SSTS de 17 de junio, 20 de noviembre y 7 de diciembre de 1987, y 24 de febrero y 18 de noviembre de 1988.

14 PICÓ i JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español. Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.82, expresión asumida por la SAP Baleares, secc.3ª, de 8 de abril de 2005, fto. jco.2º (JUR 2005/99558).

15 MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2001, pág.335.

normativo"¹⁶, y por alguna resolución judicial como un "maremagnum legal"¹⁷, es tributaria del ajetreado trámite parlamentario, y la opción legislativa por consagrar una modalidad ordinaria de dictamen pericial –la pericial a instancia de parte– y otra subsidiaria o complementaria –la pericial de designación judicial– y se centra fundamentalmente en los aspectos procedimentales de la prueba (momento y forma de aportación de las diversas modalidades de dictámenes)¹⁸.

Como principales novedades de la LEC podemos señalar: a) los dictámenes periciales de parte se erigen en la modalidad ordinaria de la prueba, frente a los dictámenes de designación judicial, de carácter opcional, eventual y no incompatibles con los anteriores¹⁹; b) la designación de los peritos judiciales a través de un sistema de "lista corrida", elaborado a partir de los listados facilitados por los colegios profesionales y entidades análogas; c) la regulación de una provisión de fondos para la emisión del dictamen de designación judicial; d) la tutela de la imparcialidad del perito mediante un novedoso juramento de actuar con objetividad y un sistema de recusación para los peritos de designación judicial y de tacha para los peritos de parte; e) la multiplicidad de momentos de aportación del dictamen pericial; f) la innecesidad de ratificación del dictamen pericial como condición de eficacia probatoria; g) la configuración de la pericia corporativa como modalidad complementaria, que no subsidiaria, de la pericia individual.

La LEC regula los siguientes extremos: a) el objeto y la finalidad del dictamen pericial (art. 335 LEC); b) la aportación del dictamen pericial (arts. 336 y 337 LEC); c) los sistemas de designación del perito (arts. 335, 336 y 339 LEC) y la lista de peritos (art. 341 LEC); d) la titulación del perito y la pericia corporativa (art. 340 LEC); e) las garantías para salvaguardar la imparcialidad del perito, con el juramento o promesa de actuar con objetividad (art. 335.2 LEC), la recusación y la tacha (arts. 124, 343 y 344 LEC); f) el llamamiento, la aceptación y el nombramiento del perito de designación judicial (art. 339 LEC); g) algunos derechos del perito, como la provisión de fondos (art. 342.3 LEC); h) algunos deberes del perito, como el deber de comparecer en el acto del juicio o de la vista (arts. 338.2; 346 y 347 LEC) y el de rendir el dictamen pericial (art. 336 LEC –para el perito a instancia de parte– y 346 LEC –para el perito de designación judicial–); i) las operaciones periciales, la emisión y la contradicción del dictamen pericial (arts. 345 a 347 LEC); j) la valoración del dictamen pericial (art. 348 LEC); k) el cotejo de letras (arts. 349 a 350 LEC).

16 GARBÉRÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba pericial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág.412.

17 Auto Juzgado Primera Instancia núm. 1 Santander, de 4 de diciembre de 2002, fto. jco.3º (AC 2002\19111).

18 La SAP Barcelona, secc. 14ª, de 23 de junio de 2003, fto. jco.2º (EDJ 2003/72112) alude a la consagración de la opción legislativa por un sistema de pericia (del actor) y de contra-pericia (del demandado), con dificultad para el encaje de la pericial dirimente.

19 ASENCIO MELLADO, J.Mª, en *Proceso Civil Práctico*, 4ª ed., ed. La Ley, 2010, págs.578-580.

La prueba pericial se configura como un medio de prueba, posición doctrinal mantenida por procesalistas como Font Serra²⁰, Montero Aroca²¹, De la Oliva Santos²² o Banacloche Palao²³. Así lo anticipa la Exposición de Motivos de la LEC, cuyo párrafo 14º, epígrafe XI, dispone: "Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en los que ha de satisfacerse un interés público, esta Ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos *como un medio de prueba* en el marco de un proceso, en el que, salvo las excepciones aludidas, no se impone y responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes [...]".

Y, a continuación, en el párrafo 16º del mismo epígrafe se concluye: "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, adquiriendo sentido su libre valoración". Discrepamos respetuosamente de esta concepción por estimar que el perito es un auxiliar del juez, y que la función del perito es ayudar a la función jurisdiccional, apartándola de la influencia de las partes, por lo que el dictamen pericial debe configurarse como la aportación al proceso de conocimientos técnicos de los que carece el juez, posición que fue impulsada por Carnelutti²⁴, y han seguido, entre otros, Prieto-Castro²⁵, Gómez Orbaneja²⁶, Serra Domínguez²⁷, Gómez Colomer²⁸, Ramos Méndez²⁹ o Picó i Junoy³⁰.

III. OBJETO

El artículo 335 LEC, bajo la rúbrica "objeto y finalidad del dictamen de peritos. Juramento o promesa de actuar con objetividad", encabeza la sección 5ª del Capítulo VI ("De los medios de pruebas y las presunciones"), del Título I ("De las disposiciones comunes a los procesos declarativos"), del Libro II ("De los procesos declarativos"), en los términos literales siguientes: "1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para

20 *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil español*, ob. cit., pág.36. Ya lo había mantenido anteriormente en su monografía FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, edit. Hispano Europea, Barcelona, 1974, pág.11.

21 MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., págs.340-342.

22 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, pág.353.

23 BANACLOCHE PALAO, J., "La pericia: claves para un planteamiento eficaz de la prueba", *Iuris*, núm.71, abril, 2003, págs.84-85.

24 CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Trad. Alcalá Zamora y Sentis Melendo, t.II, Buenos Aires, 1944, págs.147 y 209 y ss.

25 PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed, 1989, ed. Tecnos, Madrid, pág.179.

26 GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, vol.1º, Madrid, 1976, págs.357-358.

27 SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba pericial*, ob. cit., págs.288-289.

28 GÓMEZ COLOMER, J.L., (con MONTERO AROCA, J; ORTELLS RAMOS, M.) *Derecho Jurisdiccional*, t.II., vol.1º, Librería Bosch, Barcelona, 1989, pág.287.

29 RAMOS MENDEZ, F., en "Enjuiciamiento Civil", t.I, ed. Atelier, 2009, pág.787.

30 PICÓ i JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español*, ob. cit., págs.42-46.

valorar hechos relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en la Ley, que se emita por perito designado por el tribunal".

El primer inconveniente del precitado art. 335.1 LEC es alimentar la polémica doctrinal sobre una eventual incompatibilidad entre el dictamen emitido por perito a instancia de parte y el dictamen emitido por perito de designación judicial por el uso ambiguo de la conjunción disyuntiva "o"³¹. Un segundo inconveniente es la mención a la valoración de los hechos relevantes o la adquisición de certeza, nociones de difícil deslinde doctrinal³². Y un tercer reparo es permitir el dictamen de peritos únicamente en los supuestos de necesidad, resultando más flexible la fórmula de la necesidad o la conveniencia, como se recoge, con mejor acierto, en el párrafo primero del art. 336 LEC.

El segundo apartado del art. 335 LEC introduce un novedoso juramento o promesa de actuar con objetividad en los términos literales siguientes: "2.- Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, 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 y que conoce las sanciones penales en las que puede incurrir si incumpliere su deber como perito".

Este juramento o promesa de actuar con objetividad contiene una expresión alambicada, pues no se alcanza a comprender qué sucede si un perito de parte omite un dato esencial que perjudica a la parte que le ha efectuado el encargo³³. Tampoco resulta afortunado que el juramento o promesa solo comprenda el deber de conocer las sanciones penales, cuando el perito queda sujeto también a responsabilidad civil y disciplinaria³⁴. Y, por último, el juramento o promesa puede prestarse no "al emitir el dictamen", como reza el artículo, sino desde la aceptación del cargo de perito, por lo que parece más razonable la supresión del art. 335.2 LEC y su reformulación en el artículo correspondiente al nombramiento y aceptación del perito. Se trata, con todo, de un requisito subsanable y su omisión no lleva aparejada sanción alguna.

De lege ferenda se reputa más acertada la formulación contenida en el artículo 485, I del Proyecto de Profesores de 1974, en la que se hacía referencia a la finalidad del dictamen pericial y se omitía cualquier referencia al juramento o promesa, en los términos siguientes:

31 CALVO GONZÁLEZ, S., "Compatibilidad entre la pericial de parte y la pericial de designación judicial en la LEC 2000", en *Problemas actuales de la prueba civil*, J.M.Bosch, 2005, págs.89-124, analiza exhaustivamente los argumentos favorables y contrarios a la compatibilidad de dictámenes. Nuestra opción por la compatibilidad puede verse razonada en ABEL LLUCH, X, *La prueba pericial*, ob. cit., págs.100-101. También se inclinan por la compatibilidad de dictámenes, entre otras resoluciones judiciales, la SAP Cádiz, sec.5ª, de 25 de febrero de 2005, fto. jco.1º (EDJ 2005/226490); AJPI, núm. 4, de A Coruña, de 14 de junio de 2006 (SEP/AUTRJ/96951); AJPI Santander, núm.1, de 4 de diciembre de 2002 (AC 2002\1911); AJPI A Coruña, núm. 9, de 7 de julio de 2001, fto. jco.1º (JUR 2001\282646).

32 SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba pericial*, ob. cit., pág.294.

33 En sentido contrario, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", vol.I, ob. cit., pág.1148, considera la fórmula un gran acierto, porque invita al perito a mantener un proceder objetivo e imparcial a lo largo de todas las operaciones periciales.

34 Puede verse más ampliamente nuestro estudio *La responsabilidad penal, civil y disciplinaria del perito*, Diario La Ley, núm.7430, de 23 de junio de 2010, págs.6-9.

“Podrá emplearse el dictamen de peritos cuando para conocer o valorar hechos o circunstancias de influencia en el asunto sean necesarios o convenientes al juez conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos”.

IV. APORTACIÓN

La aportación del dictamen pericial se regula de forma confusa, contemplándose su presentación hasta en doce momentos procesales distintos³⁵:

- 1º) Dictamen por perito designado judicialmente como prueba anticipada (art. 293 LEC).
- 2º) Dictámenes aportados por las partes con la demanda y la contestación a la demanda (arts. 265.1.4º y 336.1 LEC).
- 3º) Anuncio de dictámenes cuando no se pueden aportar con la demanda y la contestación a la demanda que las partes 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 del juicio ordinario o de la vista del juicio verbal (art. 337.1 LEC).
- 4º) Dictamen cuya necesidad o utilidad se pone de manifiesto a causa de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones complementarias admitidas en la audiencia previa (art. 338.1 y 2 LEC).
- 5º) Dictamen solicitado en la demanda y anunciado por titular del derecho de asistencia jurídica gratuita (art. 339.1 LEC).
- 6º) Dictamen pericial de designación judicial solicitado en los escritos de alegaciones (art. 339.2 LEC).
- 7º) Aportación de dictamen pericial en la audiencia previa para justificar alegaciones complementarias, o hechos nuevos o de nueva noticia, introducidos en dicho momento procesal (art. 426.5 LEC).
- 8º) Aportación de dictamen pericial por perito de designación judicial después de la audiencia previa pero al menos con cinco días de antelación al juicio o la vista, en los juicios verbales con contestación escrita, siempre que la necesidad o utilidad del dictamen pericial se ponga de manifiesto a causa de las alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda o contestación, y que puedan deberse a alegaciones complementarias formuladas en la audiencia previa o a hechos nuevos o de nueva noticia (arts. 339.2 II y 427.3 LEC).
- 9º) Aportación de dictamen pericial interesado de oficio en cualquier momento con anterioridad al juicio o la vista en los procesos sobre capacidad, filiación, paternidad y maternidad, o matrimoniales (arts. 339.5, 752 y 290 LEC).

35 PICÓ i JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español*, ob. cit., pág.82. También puede verse la clasificación efectuada por GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., "Del dictamen de peritos", en *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, ed. Forum, Oviedo, 2000, pág.387, quien agrupa los dictámenes periciales en tres categorías: 1º) Periciales privadas; 2º) Pericial judicial a instancia de parte; y 3º) Dictámenes pericial de oficio, y dentro de cada categoría efectúa subclasificaciones atendiendo al momento de aportación. Otra clasificación atendiendo al momento de aportación procesal en DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 3ª ed, ed. Bosch, 2012, págs.295-296.

- 10º) Aportación de dictamen pericial por perito judicialmente designado sobre cotejo de letras de un documento privado o público, cuya autenticidad ha sido discutida en la audiencia previa (arts. 349 y 427.1 LEC).
- 11º) Aportación o proposición de un dictamen privado sobre otros medios de prueba admitidos por el tribunal, si ello es necesario o conveniente para conocer el contenido o sentido de una prueba, o para proceder a su más acertada valoración (art. 352 LEC).
- 12º) Aportación de dictamen pericial como diligencia final (art. 435 LEC).

Urge una simplificación de los momentos de aportación del dictamen pericial, que podría reconducirse a los siguientes: 1º) Aportación con la demanda y la contestación a la demanda por peritos designados por las partes; 2º) Aportación con anterioridad al juicio o la vista por peritos de designación judicial y con antelación suficiente para preservar el derecho de defensa y contradicción de la parte adversa³⁶; 3º) Aportación de oficio en los procesos no dispositivos en cualquier momento con anterioridad a la vista. Para ello sería necesario suprimir la posibilidad de "anunciar" la aportación del dictamen pericial (art. 337.1 LEC) y reconducir la solicitud de la designación judicial del perito en el juicio ordinario al momento de la audiencia previa y suprimir otros momentos de aportación. En el caso de solicitud de dictámenes de designación judicial en la vista del juicio verbal, debería suspenderse ésta el tiempo que el tribunal estimase necesario para la emisión del dictamen pericial.

V. DESIGNACIÓN DEL PERITO

La LEC de 1881 partía de un modelo de pericia única, judicial e intraprocesal y reconocía un triple sistema de designación del perito: en primer lugar, por acuerdo de las partes; en su defecto, por insaculación y, en su defecto, por designación judicial directa (art. 616 LEC 1881). La LEC parte de un sistema de pericial dual y opcional, pues admite el dictamen elaborado extrajudicialmente y por peritos designados por las partes y el dictamen elaborado por peritos de designación judicial, a los que hay que añadir los supuestos de designación directa de perito por el juez (art. 339.5 LEC) y los supuestos de asistencia pericial gratuita (art. 339.1 LEC). Es el llamado modelo dual opcional³⁷ que, en palabras de la SAP Barcelona, de 24 de marzo de 2006, "ha sustituido el sistema de prueba pericial intraprocesal por otro de orientación preferente por la prueba pericial pre-procesal"³⁸.

36 La SAP Lleida, secc.2ª, de 8 de julio de 2005, fto. jco.1º (AC 2006/1132) inadmite una prueba pericial presentada minutos antes del día de la vista, razonando que impedía la contradicción de la parte adversa, y menoscababa el derecho de defensa.

37 FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte*, ob. cit., pág.232.

38 La SAP Barcelona, secc. 14ª, de 24 de marzo de 2006, fto. jco.1º (RJ 2006/231486) alude a un nuevo paradigma en la regulación de la prueba pericial caracterizado por las siguientes notas: "a) El conocimiento técnico y científico se aporta al proceso por la parte actora como realidad preprocesal; b) Se presume una sola verdad científica que el actor debe aportar como elemento constitutivo de su pretensión; c) Corresponde al demandado desvirtuar la validez del método aplicado por el perito del actor (a modo de contra-pericia y no como prueba pericial alternativa); d) El papel del juez se ha de centrar en el control de la científicidad del proceso de investigación llevado a cabo por el perito y en el análisis lógico-deductivo de los informes y dictámenes".

La designación por las partes supone un cambio radical con respecto a la LEC de 1881, en la medida que son ellas quienes eligen el perito, le proponen los extremos y convienen con el mismo una remuneración, aspectos soslayados por el legislador, por entender que se trata de un arrendamiento de servicios. Ni la elección del perito, ni la determinación de los extremos de la prueba pericial están sujetas al control judicial, y en la práctica raramente se inadmitirá un dictamen pericial aportado con la demanda o con la contestación a la demanda (salvo los supuestos, harto infrecuentes, en que la cuestión no verse sobre aspectos técnicos, contenga conclusiones jurídicas o verse sobre hechos tan simples que no precisen de conocimientos técnicos o prácticos)³⁹. Como contrapartida, la parte puede controlar la credibilidad y experiencia del perito elegido⁴⁰ y el modelo de pericias de parte favorece la contradicción pericial y, en opinión de algunos, el acierto de la decisión judicial⁴¹.

La mal llamada "designación judicial" –pues, en realidad, es un sistema de designación a instancia de parte, admisión judicial, y nombramiento conforme a un sistema de "lista corrida"⁴²–, aun cuando simplifica el nombramiento del perito, plantea el delicado tema de la elaboración de las listas de peritos que ha sido objeto de muy diversas críticas. No puede ignorarse el riesgo de ciertos peritos que profesionalicen la pericia judicial y sean elegidos por el solo hecho de figurar en las listas colegiales, sin atención a sus méritos o experiencia profesional⁴³. E incluso se ha afirmado que no es un trámite de designación, sino "de verificación sobre la lista de la identidad del que aparezca en puertas"⁴⁴.

La designación *ex officio iudicis* de los peritos se circunscribe a los procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o los procesos matrimoniales (arts. 339.5 y 752.1, II LEC), con fundamento en la existencia de un orden público, y en estos casos el tribunal acuerda directamente la pericia, sin necesidad de instancia de parte, y designa directamente la persona o personas físicas encargadas de emitir el dictamen.

La designación *ex lege* se prevé para los supuestos en que una parte fuera titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Se regula por Ley 1/1996, de 10 de enero y RD 2013/1996, de 20 de septiembre, que reconoce el derecho al dictamen pericial gratuito en función de circunstancias de carácter económico (art. 3 Ley 1/1996). Se prevé que la designación del perito recaiga en personal técnico adscrito al órgano jurisdiccional o, en su defecto, en funcionarios técnicos dependientes de la Administración de Justicia, y de

39 Puede verse SERRANO MASIP, M., "Los caracteres de la prueba pericial y su influencia en la inclusión de los honorarios de los peritos en las costas procesales", en *Sentencias del TSJ y otros Tribunales*, núm. 13, ed. Aranzadi, SA, Pamplona, 2004, págs.297-304, para un análisis exhaustivo de las notas de los dictámenes de parte.

40 BANACLOCHE PALAO, J., "La pericia: claves para un planteamiento eficaz de la prueba", ob. cit., pág.85.

41 FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte*, ob. cit., pág.248.

42 YAÑEZ VELASCO, R., *El peritaje en el proceso civil*, Grupo Difusión, Madrid, 2005, pág.353, precisa que "no es del juez, pues nace por designación judicial a instancia de parte".

43 REQUERO IBÁÑEZ, J.L., "La prueba pericial en el proceso contencioso-administrativo", *La Ley*, nº 5000, de 25 de febrero de 2000.

44 DIAZ FUENTES, A., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.276.

modo excepcional en peritos privados. Este sistema comporta desventajas técnicas, en la medida que el perito "privado" –que es la modalidad ordinaria de perito- va a resultar excepcional⁴⁵ y desventajas económicas porque si la persona con recursos limitados tiene que aportar el dictamen, a la espera del reconocimiento del derecho, raramente lo efectuará.

La regulación legal se complica porque los sistemas de designación de perito, particularmente el de designación judicial, atienden al momento en que debe efectuarse la solicitud y guarda silencio sobre aspectos relevantes, tales como, entre otros, la proposición de los extremos del dictamen, el supuesto de renuncia, o de no aceptación del perito de designación judicial.

Por lo que respecta a los peritos designados a instancia de parte, y en la medida que se trata de un arrendamiento de servicios, cada parte elige los peritos que tenga por conveniente.

Por lo que respecta a los peritos de designación judicial la regulación legal debería combinar una fórmula que, en primer lugar, potenciara el acuerdo de las partes y, subsidiariamente, introdujera una cierta aleatoriedad, de modo que el nombramiento no fuera tan previsible. Igualmente debería simplificarse el contenido del artículo 339 LEC en cuanto a los distintos momentos de aportación del dictamen pericial y, por el contrario, aclararse que los extremos son propuestos por las partes y admitidos por el juez.

El trámite legal debería simplificarse concentrando la proposición y admisión de la prueba pericial en la audiencia previa (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal), en cuyo acto el juez debería resolver sobre la admisibilidad y los extremos de la prueba pericial, con audiencia de las partes. Por otro lado, debería despejarse la ambigüedad legal y dejar claro que no existe incompatibilidad entre los dictámenes aportados a instancia de parte y los dictámenes de designación judicial, de suerte que el actor o el demandado podrán aportar un dictamen con la demanda o la contestación a la demanda y, además, solicitar la designación judicial de perito; o simplemente no aportar ningún dictamen con la demanda o la contestación a la demanda y solicitar la designación judicial de perito.

Por lo que respecta a la designación de oficio debería en todo caso quedar claro que la designación del perito la efectúa directamente el juez.

De lege ferenda postulamos las siguientes reformas.

a) La redacción del art. 336 LEC quedaría como sigue.

Dictámenes aportados por las partes.

Las partes podrán aportar con los escritos de demanda y contestación a la demanda dictámenes por peritos por ellos designados.

En los juicios verbales el demandado podrá aportar dictámenes periciales antes de los cinco días señalados para la celebración del juicio verbal, con tantas copias cuantas

45 GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., "Algunas cuestiones relativas a la asistencia pericial gratuita", en *RDJ*, núm.1, 1998, pág.136.

sean las partes, a quienes se deberá dar traslado con una antelación mínima de dos días para el señalado al día de la vista^{46/47}.

b) La redacción de los arts. 339 LEC quedaría como sigue:

Con independencia de la aportación de dictámenes por las partes con la demanda y contestación a la demanda, éstas podrán solicitar en la audiencia previa o en la vista, la designación judicial de un perito, proponiendo los extremos sobre los que deberá versar la pericia. Oídas las demás partes, a efectos de ampliación de los extremos, el juez resolverá en la audiencia previa o en la vista sobre la pertinencia y utilidad del dictamen pericial y, de admitirse, sobre los extremos que debe versar la pericia.

Cuando la solicitud del dictamen pericial se efectúe en el acto de la vista, se suspenderá ésta por el plazo que el tribunal considere necesario para que se emita el dictamen por el perito.

De existir acuerdo entre las partes sobre la persona o entidad que deba emitir el dictamen, el tribunal procederá a su designación. De no existir acuerdo, el perito será insaculado de entre cinco de los propuestos por el juez, a partir de los peritos obrantes en las listas en su poder, debiendo resultar elegido un perito titular y dos suplentes.

c) La redacción del art. 339 LEC, por lo que respecta a la designación de oficio, queda como sigue:

En los procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre capacidad de las personas o en procesos matrimoniales el tribunal podrá, de oficio, acordar un dictamen pericial y designar al perito.

VI. LISTAS DE PERITOS

Dispone la LEC que los peritos serán designados por sorteo a partir de unas listas que anualmente remiten los colegios profesionales al juzgado, a través del sistema de "listas corridas", introducido en el debate parlamentario de la LEC⁴⁸. Si la designación corresponde a un perito titulado las listas deberán ser aportadas por Colegios profesionales o entidades análogas, esto es, academias e instituciones culturales y científicas (art. 341.1 LEC). Si la designación corresponde a un perito no titulado las listas serán aportadas por sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas y deberán estar integradas por al menos cinco miembros (art. 341.2 LEC).

46 La STC de 26 de marzo de 2007, fto. jco.4º (RTC 2007/60) no contradice nuestra propuesta, pues únicamente establece que en los juicios verbales con contestación oral el dictamen pericial debe aportarse en la vista, con fundamento en los artículos 265.4 LEC y 336.1 y 4 LEC, y lo que nuestra propuesta de reforma propone, con respecto al juicio verbal, es una aportación del dictamen pericial con anterioridad a la vista.

47 La propuesta así efectuada comportaría una modificación del art. 265.4 LEC.

48 La enmienda 875 del Grupo de Coalición Canaria y la enmienda 942 del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados, justificaron su introducción en la experiencia obtenida por la Ley General Tributaria y en el Reglamento del Registro Mercantil, y lo consideran un sistema "más justo, fácil y eficaz". Y también en el hecho que, en caso de listas no muy numerosas, el sorteo puede producir que la designación recaiga de forma reiterada en una misma persona o personas.

Se ha afirmado que debe existir preferencia de los colegios profesionales –y cuando no los haya, de las entidades análogas–, academias e instituciones sobre las asociaciones privadas⁴⁹ y en este sentido se pronuncia la Instrucción 5/2001, de 19 de diciembre, del Consejo General del Poder Judicial, sobre remisión anual a los órganos jurisdiccionales de listas profesionales para su designación judicial como peritos⁵⁰. El apartado 3º, párrafo último, de la citada Instrucción dispone literalmente:

“Para los casos en que la prueba pericial requerida exija una titulación de colegiación obligatoria, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y Jueces Decanos procurarán recabar los listados de todos aquellos Colegios Profesionales existentes en la demarcación vinculados a una profesión cuya titulación pudiera guardar relación directa y resultar idónea para el ejercicio del peritaje judicialmente requerido. Para los casos en que la colegiación no constituya requisito imprescindible para el ejercicio profesional o exista distintas titulaciones y/o profesiones susceptibles de realizar de forma adecuada la práctica pericial solicitada, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y los Jueces Decanos procurarán solicitar los listados de peritos de todas las asociaciones profesionales, corporaciones, y colegidos no oficiales que existan en la demarcación”⁵¹.

La designación por “lista corrida” aporta mayor imparcialidad y objetividad, pero no garantiza la imprevisibilidad del nombramiento, pues una vez sorteado el primer perito, se puede conocer fácilmente la identidad del siguiente, pues éste será el que figure a continuación en la lista⁵². Tampoco asegura la selección por criterios de competencia profesional, integridad y confianza⁵³.

Otras críticas son las relativas al ámbito territorial de los colegios profesionales y sindicatos de los que se puede recabar la lista de peritos, pues de la regulación legal no queda claro si son los de la misma demarcación del juzgado o pueden ser otros. Y también se ha censurado la gestión de las propias listas, pues se argumenta que sería preferible que estuviera en manos de la Sala de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia o de las consejerías de Justicia, y no de los propios Juzgados⁵⁴.

Desde la praxis forense se ha censurado la falta la actualización de las listas cada año y la delegación de la tarea de designación en los Juzgados Decanos, la ausencia de mecanismos de control del sistema, los retrasos en la aceptación de los peritos designados, la necesidad de revisar anualmente por los Colegios profesionales la capacidad e idoneidad de los peritos incluidos en las listas⁵⁵. Se añade, además, que las listas no incluyen un currículum del perito, que permita valorar su titulación, su dedicación profesional, su experiencia, sus

49 BANACLOCHE PALAO, J., “La pericial: claves para el planteamiento eficaz de la prueba”, ob. cit., pág.85.

50 Publicado en el boe de 29 de diciembre de 2001, núm. 312.

51 Este párrafo 3º fue añadido por Acuerdo del CGPJ de 28 de octubre de 2010 y su validez ha sido confirmada por STS, Sala Contencioso-administrativa, de 26 de junio de 2012 (RJ 2012/8905).

52 SERRA DOMÍNGUEZ, M., “La prueba pericial”, ob. cit., pág.300.

53 DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.276.

54 ILLESCAS RUS, A.V., en *Enjuiciamiento Civil*, t.II, Xiol Ríos, J.A. (dir.), ed. Sepin, Madrid, 2008, págs.2174-2176.

55 LÓPEZ CHOCARRO, I, “La prueba pericial en la LEC 1/2000...”, ob. cit., pág.8.

vinculaciones profesionales⁵⁶. Y también se ha advertido que no siempre será posible integrar la listas con un número de peritos suficiente.

De lege ferenda recogemos la propuesta de Serra Domínguez, que introduce ligeras modificaciones al redactado del art. 341 LEC, incorporando un número mínimo de peritos en cada lista -10 peritos para el listado procedente de colegios profesionales y 5 peritos para el procedente de sindicatos- y fijando la designación directa por el juez cuando por la singularidad de la materia el número de peritos fuera muy reducido y no existiera conformidad entre las partes. También se prevé que cuando en la demarcación del colegio profesional o entidad análoga no existiera el número mínimo de peritos se podrá acudir a otras entidades próximas. Transcribimos literalmente la propuesta en el epígrafe final de este trabajo.

VII. CAPACIDAD DEL PERITO

La capacidad del perito se regula en el artículo 340 LEC, cuyo apartado primero se refiere a la persona física, y sus apartados segundo y tercero, a la pericia corporativa. De manera similar al art. 616 LEC 1881 y al art. 490 I del Proyecto de Profesores de 1974, el art. 340.1 LEC dispone: "Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias".

A diferencia de la LEC de 1881 no se exige que el perito pertenezca a un determinado Colegio profesional (art. 616 LEC 1881), ni que esté dado de alta fiscal. Tampoco se exige que tenga una determinada edad o nacionalidad⁵⁷. La regulación legal merece un juicio globalmente positivo en cuanto contempla la doble modalidad de perito -el "titulado" y el "no titulado" o "entendido"-, otorgando implícitamente preferencia al perito titulado⁵⁸, pues debe entenderse que solo se admitirá al perito entendido en aquellos supuestos en que la materia no venga amparada por un título oficial, y ello tanto sea un perito de parte cuanto un perito de designación judicial, pues el art. 340 LEC no hace distinción con respecto al sistema de designación de peritos⁵⁹. Resulta también acertado que no exista un sistema de prohibiciones o restricciones en cuanto a la "capacidad" para ser perito, del mismo modo que no existe un sistema de incapacidades legales o naturales para testificar (art. 360 LEC).

En los apartados segundo y tercero del art. 340 LEC se regula la pericia corporativa en los términos siguientes: "2.- Podrán asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones

56 RAMOS MÉNDEZ, F., en *Enjuiciamiento Civil*, t.I, ob. cit., pág.811.

57 RIFÁ SOLER, J.Mª, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.II, ed. Atelier, Barcelona, 2000, pág.1602.

58 Con mayor claridad el art. 458 Leocrm. "El juez se valdrá de peritos titulares con preferencia a los que no tuviesen título".

59 En sentido distinto, MONTERO AROCA, J., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.348, para quien en los peritos de parte el art. 335.1 LEC no exige que tengan conocimientos específicos en la materia sobre la que verse el dictamen, ni títulos profesionales, y cita en sustento de esta tesis la SAP Barcelona de 11 de enero de 2005. Del mismo parecer FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte...*, ob. cit., pág.186, para quien la cualificación profesional no exige título oficial que reconozca la capacitación del perito.

culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello. 3.- En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335".

La regulación de la pericia corporativa –también llamada colegiada o institucional⁶⁰– supera el carácter restrictivo y residual que tenía en la LEC de 1881, y ya no se exige que el dictamen sea emitido por una institución oficial, pudiendo también rendirse por entidades privadas. Sin embargo, la LEC parece distinguir entre "Academias e instituciones culturales y científicas" (apartado 2º art. 341 LEC proposición primera) que tienen una habilitación legal directa para emitir dictámenes; y el resto de "personas jurídicas" para las que se requiere una "habilitación legal" para emitir el dictamen pericial (apartado 2º art. 341 LEC proposición segunda), sin que resulte justificada semejante distinción, ni qué tipo de "habilitación legal" se precisa, por lo que bastaría que la persona jurídica fuera legalmente reconocida y se ocupara del estudio de la materia correspondiente al objeto de la pericia⁶¹.

A diferencia de la designación del perito "individual", que se regula detalladamente, se omite el sistema de designación de la entidad que emite el dictamen, pues la regulación legal se redacta de modo impersonal ("Podrá asimismo solicitarse..."). Entiendo que la pericia corporativa podrá solicitarse bien por conformidad de ambas partes o bien a solicitud de una parte, y estimándose pertinente y útil por el juez.

Debe establecerse la responsabilidad solidaria de la persona jurídica con la persona física concreta que emite el dictamen e incluirse una remisión general a la regulación de la pericial de personas físicas, siempre y cuando le fuera aplicable (esto es, juramento o promesa de decir verdad, causas de tacha, etc).

De lege ferenda se postulan las siguientes reformas: a) refundir el art. 340.2 LEC suprimiendo la distinción entre "Academias e instituciones culturales y científicas" y "personas jurídicas legalmente habilitadas para ello" y referirse únicamente a "Academias, instituciones u otras personas jurídicas"; y también suprimir la referencia a la "habilitación legal"; b) reformar el art. 340.3 LEC, estableciendo la responsabilidad solidaria de la institución con la persona física encargada de emitir el dictamen; c) añadir un párrafo nuevo al art. 340 LEC en el sentido que la pericia corporativa puede solicitarse por la conformidad de ambas partes o a petición de una parte con admisión judicial; d) añadir un párrafo nuevo al art. 340 LEC, estableciendo una remisión en cuanto al régimen de las pericias individuales; e) modificar la rúbrica del art. 340 LEC y substituir la actual expresión de "condiciones de los peritos" por

60 DE LA OLIVA SANTOS, A., en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Civitas, Madrid, 2001, pág.595.

61 DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.299, incluye entre las "personas jurídicas legalmente habilitadas para el tratamiento de la materias objeto de la pericia" (art. 341.2 LEC) a "las personas jurídicas privadas: empresas de *consulting*, empresas de servicios o asistencia técnica, sociedades de control o de gestión de negocios, con tal que se constituyan en personas jurídicas y se habiliten legalmente para tales materias".

la de "capacidad de los peritos", añadiendo, además, "pericial individual y pericial colegiada" para aludir a la doble modalidad de pericia.

VIII. LA ACEPTACIÓN DEL CARGO DE PERITO

La LEC se ocupa de la aceptación y nombramiento del cargo a propósito del perito de designación judicial, pues por lo que respecta al perito designado a instancia de parte, y tratándose de un arrendamiento de servicios, éstos actos permanecen en el ámbito de la relación privada que vincula a la parte (actora o demandada) con el perito, y se presupone la aceptación por el solo hecho de presentar el dictamen con la demanda o la contestación a la demanda, sin necesidad de ulterior formalidad, resultando la designación del perito de parte un tema que ni siquiera se lo plantea la LEC⁶².

La designación judicial del perito comprende una secuencia de tres actos, consistentes en: 1º) el llamamiento –acto procesal en virtud del cual el Secretario judicial comunica al perito que ha sido designado y le requiere para que acepte el cargo–; 2º) la aceptación –manifestación de voluntad del perito llamado por la que accede a desempeñar el cargo–; y 3º) el nombramiento –acto procesal por el cual el Secretario judicial recoge la manifestación positiva de aceptación del perito y éste es oficialmente designado, originándose todos sus derechos y deberes– (arts. 342.1 y 2 LEC)^{63/64}.

En la práctica forense el nombramiento y la aceptación se efectúan en unidad de acto, mediante la comparecencia personal del perito ante el Secretario Judicial, quien extiende la diligencia de "aceptación y nombramiento de perito". Es la solución más efectiva, pues en el momento de la comparecencia se puede informar al perito de los extremos del dictamen pericial, del plazo para emitir el dictamen⁶⁵ y, en su caso, interesar que se dé aviso a las partes por si quieren estar presentes en las operaciones periciales (art. 345.2 LEC). Y también es la solución jurídicamente más acertada, pues desde la aceptación del cargo se derivan unos derechos para el perito –y, entre ellos, el de la solicitud de una provisión de fondos en los tres días siguientes al nombramiento (art. 342.3 LEC)– y unos deberes, –y, entre ellos, el de entregar el dictamen pericial en el plazo señalado (art. 346 LEC)–. Aun cuando la redacción legal no impide la aceptación escrita⁶⁶, en nuestra propuesta de reforma optamos por la comparecencia personal del perito ante el juzgado para la aceptación.

62 FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos...*, ob. cit., pág.68.

63 Apunta GUZMÁN FLUJA, V., en *El Proceso Civil*, vol.3º, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág.2489, que aun cuando los números 1 y 2 del artículo 342 LEC dejan entrever que el llamamiento, aceptación y designación están pensados para el perito designado judicialmente a través de una lista, son de aplicación a los demás peritos de designación judicial.

64 Advierte con agudeza GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, ob. cit., pág.1179, que la LEC zanja la utilización indistinta de los términos "designación" y "nombramiento", frecuente en la LEC de 1881, por cuanto "el nombramiento se separa de la previa designación, pasando a constituir el acto a través del cual la propuesta pasa a convertirse en encargo, al medir la aceptación del perito".

65 FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos...*, ob. cit., pág.93.

66 ILLESCAS RUS, A.V., *La prueba pericial...*, ob. cit., pág.298.

Puede ser el momento para prestar el juramento o promesa de desempeñar bien y fielmente el cargo, fórmula tradicional en nuestro ordenamiento jurídico (art. 618 LEC 1881), arraigada en la práctica forense, y menos ambigua que la alambicada expresión de "actuar con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que pueda causar perjuicio a cualquiera de las partes" (art. 335.2 LEC), cuya posible justificación pudiera ser una implícita apelación al cumplimiento de los deberes deontológicos del perito, y paliar la crítica a la eventual falta de imparcialidad del dictamen emitido por perito a instancia de parte.

La regulación legal fija los plazos que deben mediar -dos días- desde el llamamiento a la aceptación (art. 342.1 LEC); la necesidad de que el perito preste en el momento de la aceptación el juramento o promesa de actuar con objetividad (art. 342.1 LEC); la previsión de una justa causa para la no aceptación del perito (art. 342.3 LEC); y la solicitud de una provisión de fondos (art. 343 LEC).

El trámite del llamamiento, aceptación y nombramiento debe responder a varias ideas fundamentales. En primer lugar, la celeridad, pues habiéndose producido la designación del perito en la audiencia previa (en nuestra propuesta de reforma) y estando ya señalada la fecha del juicio, interesa la aceptación a la mayor brevedad posible para que el perito pueda dar inicio a las operaciones periciales, a cuyo efecto el llamamiento al perito se ha de efectuar "lo antes posible", esto es, acto seguido que ha sido admitida la pericial de designación judicial e identificada la persona o entidad que deba emitir el dictamen. Y que la aceptación se produzca ante el propio juzgado.

En segundo lugar, por la flexibilidad en las formas. Si interesa que el perito conozca "lo antes posible" la designación, el juzgado debe poder ponerse en contacto con el perito de la forma más rápida posible -desde la simple llamada telefónica⁶⁷, pasando por correo electrónico o el fax- y siempre con la debida constancia en las actuaciones.

En tercer lugar, por aprovechar las oportunidades del acto. En el momento de la aceptación el perito puede prestar el juramento o promesa de desempeñar bien y fielmente el cargo⁶⁸, puede ser informado de los extremos del dictamen pericial y del plazo para la entrega del mismo, e igualmente de la responsabilidad civil y penal en que puede incurrir⁶⁹.

En cuarto lugar, para resolver eventuales contingencias. El perito puede aducir una justa causa de no aceptación, y de considerarse suficiente, se procederá ya al llamamiento del perito suplente. A diferencia de la LEC de 1881, que imponía a todo perito la obligación de aceptar el cargo, la LEC permite la no aceptación del cargo mediante la alegación de una justa causa (art. 342.2 LEC). El perito ha mostrado su conformidad para la inclusión de

67 GARCINDÍA GONZÁLEZ, P., en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol.1º, ob. cit., pág.1178.

68 La SAP Valladolid, secc. 1ª, de 12 de septiembre de 2008, fto. jco.2º (La Ley 168927/2008) razona que, cuando se trata de la emisión de dictamen por perito de designación judicial, se prevé que el juramento o promesa sea prestado al comunicar al perito la designación y aceptar éste el nombramiento, sin que, por tanto, sea necesario reiterarlo en el informe.

69 FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.88.

su nombre en las listas de peritos por lo que los motivos que amparan la negativa no son automáticos y deben ser "causalizados"⁷⁰.

Como tales motivos, cuya suficiencia debe apreciarse por el Secretario Judicial, podrán considerarse las causas de abstención del perito (art. 105 LEC) u otras circunstancias relevantes (ej. enfermedad sobrevenida que impide al perito el desarrollo del cargo). También se han apuntado como tales no estar el perito en condiciones de emitir el dictamen en el tiempo requerido, hallarse apartado, desde hace tiempo, del estudio de las cuestiones objeto del dictamen, o las incompatibilidades sobrevenidas después de la confección de las listas, entre otras⁷¹. También puede producirse una exención *de facto* cuando el perito no comparece a aceptar el cargo o solicita una provisión de fondos desproporcionada para el caso.

Ante la eventualidad de la no aceptación, la LEC prevé un sistema de sustitución legal y automática de peritos, de modo que será designado el perito que ocupe el lugar siguiente en la lista de peritos y así sucesivamente hasta que se produzca el nombramiento. Las demoras derivadas de un sucesivo llamamiento y aceptación del perito, podrían paliarse mediante la previsión de designación de peritos suplentes, y de no aceptar el cargo los peritos suplentes, por la designación directa por el juez⁷².

De lege ferenda, y recogiendo las anteriores observaciones, se postula la siguiente reforma:

Art. 342 LEC. Aceptación y nombramiento de perito⁷³.

El nombramiento del perito designado se comunicará lo antes posible y por la vía más rápida posible, dejando debida constancia en las actuaciones, y citándole para que comparezca ante el Secretario judicial para aceptar el cargo, en cuyo acto se le informará de los extremos del dictamen pericial, del plazo para su emisión, de la responsabilidad civil y penal en que pueda incurrir, y deberá prestar juramento o promesa de desempeñar bien y fielmente el cargo.

Si el perito designado no compareciera a aceptar el cargo o alegare justa causa que se lo impidiera, cuya suficiencia debe ser apreciada por el Secretario judicial, se procederá al llamamiento de los peritos suplentes. De no aceptar el nombramiento los suplentes, se procederá a la designación directa de perito por el juez.

IX. LA PROVISIÓN DE FONDOS

El nombramiento y aceptación del perito (art. 342.1 y 2 LEC) se complementa con la novedad, inexistente en la LEC de 1881, de la solicitud de una provisión de fondos (art. 342.3 LEC), aspiración de colectivos profesionales y la doctrina científica, para evitar situaciones tan indeseables como condicionar la entrega del dictamen pericial al previo visado colegial,

70 ILLESCAS RUS, A.V., *La prueba pericial...*, ob. cit., pág.297.

71 DE LA OLIVA SANTOS, A., en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., págs.598-599.

72 SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Algunas reformas urgentes...", ob. cit., pág. 195.

73 El estudio de la provisión de fondos, que se incluye en la rúbrica del art. 342 LEC, se efectúa en el epígrafe siguiente, en el que también se efectúa una propuesta de reforma para dotarle de una regulación autónoma.

práctica en su día censurada por el Tribunal Supremo (SSTS, de 14 de febrero de 1994 y de 31 de marzo de 1997⁷⁴). Con ello se pretende atenuar el problema de la adecuada y tempestiva remuneración de los peritos⁷⁵, tal y como recuerda la Exposición de Motivos de la LEC⁷⁶.

La regulación legal pivota sobre los efectos de la negativa a satisfacer la provisión de fondos en el plazo legalmente establecido⁷⁷, y que se traducen en la exención del deber de peritar sin posibilidad de nombrar nuevo perito –art. 343.II LEC y para el caso que la designación judicial de perito haya sido instada por una sola de las partes- o en el ofrecimiento a la parte adversa de la posibilidad de completar la cantidad que faltare en la provisión solicitada e indicar los extremos del dictamen –art. 343.III LEC para el caso que la designación judicial del perito hubiera sido instada por ambas partes-.

Resulta acertada la previsión de una provisión de fondos, pero pueden mejorarse el procedimiento de la solicitud y los efectos de la negativa a anticipar la provisión de fondos, e incluirse referencias a los parámetros para cuantificar su importe y la posibilidad de demandar su incremento.

Por lo que respecta a la solicitud y su importe, el perito designado podrá efectuar una petición oral o escrita –sin necesidad de abogado ni de procurador- dirigida al Juzgado, con un presupuesto previo detallado, y justificativo del importe solicitado⁷⁸, atendiendo a parámetros colegialmente aceptados como los del tiempo dedicado, la dificultad o complejidad del dictamen, la intensidad de la dedicación, la urgencia o especialización exigidas, o la utilización de material específico⁷⁹. Se trata de agilizar al máximo el trámite de abono de la provisión de fondos, siendo preferible que, a la vista de la solicitud del perito, el Secretario judicial fije su importe, salvo que alguna de las partes la impugne por excesiva⁸⁰, en cuyo caso se deberá convocar a una comparecencia, con audiencia de las partes y del perito⁸¹.

74 SSTS, Sala 1ª, de 14 de febrero de 1994, fto. jco.1º (EDJ 1994/1235) y de 31 de marzo de 1997, fto. jco.2º (EDJ 1997/1626).

75 FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos...*, ob. cit., pág.96.

76 Exposición de Motivos, epígrafe XI, párrafo 16º: "Así la actividad pericial, cuya regulación decimonónica reflejaba el no resuelto dilema acerca de su naturaleza –sí medio de prueba o complemento o auxilio del juzgador-, responde ahora plenamente a los principios generales que debe regir la actividad probatoria, adquiriendo sentido su libre valoración. Efecto indirecto, pero nada desdeñable, de esta necesaria clarificación es la solución o, cuando menos, importante atenuación del problema práctico, de la adecuada y tempestiva remuneración de los peritos".

77 La SAP Barcelona, secc.1ª, de 5 de octubre de 2004, fto. jco. 3º (JUR 2004/304268) admite la validez de una consignación efectuada con posterioridad al plazo de cinco días desde el decreto del Secretario Judicial aprobando la cuantía de la provisión de fondos (art. 342.3 LEC).

78 SOLER MONFORTE, V., "Peritos judiciales: reacción frente a las provisiones abusivas", en *Economist Et Jurist*, núm. 87; LÓPEZ CHOCARRO, I., *La prueba pericial en la LEC 1/2000: ...*, ob. cit., pág.9.

79 Art. 8.3 de los Principios deontológicos y de buenas prácticas de los peritos de l'Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses col·laboradors de l'Administració de Justícia.

80 El AAP Soria, de 6 de julio de 2009, fto. jco.2º (La Ley 130645/2009) admite la impugnación de la orden judicial de ingreso de la provisión de fondos solicitada por el perito de designación judicial y, ante la ausencia de un trámite legal, le confiere una tramitación análoga a la de la impugnación de los honorarios de letrados por excesivos. En el mismo sentido, el AAP Huesca, de 23 de mayo de 2003, fto. jco.2º (La Ley 92300/2003).

81 RAMOS MÉNDEZ, F., en *Enjuiciamiento Civil*, t.I, ob. cit., pág.798-799, se pronuncia a favor de la audiencia de las partes sobre la solicitud del perito en todo caso, y propone una serie de medidas para adecuar la normativa de la provisión de fondos a un marco constitucional más actual, como, entre otras, la facultad de moderación del tribu-

Una vez satisfecha la provisión de fondos, el perito puede necesitar una ampliación de su importe, en cuyo caso podrá dirigir nueva petición, oral u escrita, al juzgado, con exposición razonada de la concurrencia de circunstancias *ex novo* que justifican el incremento (ej. necesidad de efectuar nuevos ensayos inicialmente no previstos)⁸² y el Secretario judicial deberá decidir sobre su procedencia y, en su caso, importe, con la posibilidad de oposición y convocatoria de vista si fuera impugnada. Puede fraccionarse su importe o establecer medidas para garantizar la efectividad de su pago –ej. aval bancario–, a cuyo efecto debe otorgarse la posibilidad al Secretario judicial de adoptar las medidas precisas.

Por lo que respecta a los efectos de la negativa a abonar la provisión de fondos, debe replantearse la solución legal consistente en la exención de emitir el dictamen por el hecho que la parte obligada no satisfaga la provisión de fondos. En efecto, incompresiblemente si la parte que ha solicitado la designación judicial del perito no deposita la cantidad solicitada en concepto de provisión de fondos, el perito queda eximido de emitir el dictamen "sin que pueda procederse a nueva designación" (art. 342.3, II LEC). Con ello se subordina la eficacia del derecho a la prueba a un condicionante económico y se priva al juez de un dictamen que ya ha estimado pertinente y útil (art. 339.2, I LEC), pudiéndose evitar tan indeseable consecuencia bien mediante la solicitud de la provisión de fondos a cualesquiera de las partes, bien mediante la aceptación del cargo por un perito que renunciase a la solicitud de una provisión inicial de fondos, bien permitiendo a la parte peticionaria de la prueba ofrecer una garantía suficiente (ej. aval bancario) para cubrir el importe de la provisión de fondos⁸³.

La provisión de fondos se configura como un anticipo "a cuenta de la liquidación final" (art. 342.3 LEC) con la finalidad de cubrir aquellas partidas –desplazamientos, material, notarios, etc.– necesarias para la confección del dictamen pericial, y todo ello sin perjuicio de la presentación de una minuta final con los honorarios del perito. Sin embargo, no puede ignorarse una cierta "práctica habitual de actuación de peritos judiciales, a la hora de solicitar la provisión de fondos, de ajustar la misma a la previsible liquidación final" (SAP Asturias, de 27 de marzo de 2006⁸⁴).

Recogiendo las anteriores observaciones *de lege ferenda* se postula la siguiente reforma:

Artículo de nueva creación. Provisión de fondos⁸⁵.

1. El perito designado judicialmente podrá solicitar, en los tres días siguientes a su nombramiento, una provisión de fondos a cuenta de la liquidación final, a cuyo efecto

nal, la indicación de los criterios de facturación del perito o el conocimiento previo del importe total de la pericia, incluyendo la comparecencia del perito y los impuestos que, en su caso, graven la factura.

82 IZQUIERDO BLANCO, P., en *La prueba pericial*, J.M. Bosch, 2009, págs.507-509.

83 La SAP Madrid, secc.10ª, de 8 de noviembre de 2006, fto. jco.8º (EDJ 2006/372934) razona: "Ex abundantia, conviene reparar en que la LEC configura el ingreso de la provisión de fondos acordada por el órgano jurisdiccional no como un presupuesto formal y, por ende, subsanable, sino como un requisito material cuya inobservancia determina la irremisible pérdida de la oportunidad de practicar la prueba de que se trate".

84 SAP Asturias, secc.6ª, de 27 de marzo de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/74174).

85 Optamos por extraer la regulación de la provisión de fondos del actual artículo 342.3 LEC y dotarle de autonomía en artículo separado y de más amplio contenido que el actual.

deberá efectuar ante el tribunal una petición, oral o escrita, con un presupuesto detallado, atendiendo, entre otros factores, al tiempo de dedicación, la dificultad o complejidad del encargo, la intensidad de la dedicación, la urgencia y la especialización del encargo o la utilización de material específico. A la vista de la solicitud, el Secretario judicial fijará la suma que deba abonar la parte que hubiera interesado el dictamen pericial en el plazo de cinco días en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Tribunal.

- 2.- Si alguna de las partes impugnare la cantidad solicitada por el perito en concepto de provisión de fondos, se convocará a las partes y al perito a una comparecencia, en la que podrán alegar lo que estimen oportuno, y el Secretario judicial resolverá en el acto sobre la cuantía de la provisión de fondos, sin posibilidad de ulterior recurso.
- 3.- Si la parte requerida de anticipar la provisión de fondos no lo efectuare, podrá ser anticipada por cualesquiera de las restantes partes, o garantizada mediante aval bancario por cualesquiera de ellas, y si no resultare posible, el perito quedará eximido de emitir el dictamen, salvo que renunciara a la provisión inicial de fondos.
- 4.- El perito podrá solicitar un incremento de la cantidad postulada como provisión de fondos de concurrir nuevas circunstancias que lo justifiquen, siguiéndose el mismo procedimiento establecido en los párrafos anteriores.

X. DERECHOS Y DEBERES DEL PERITO

Desde el nombramiento y aceptación del cargo se originan una serie de derechos y deberes para el perito, algunos de los cuales aparecen recogidos en previsiones legales, pero sin un tratamiento sistemático⁸⁶. Sin ánimo exhaustivo efectuaremos una referencia a los derechos a la provisión de fondos, al acceso a los medios adecuados para la investigación, a la libertad de investigación y a la remuneración del trabajo; y como deberes, el de aceptar el cargo, el desempeñarlo bien y fielmente, el de comparecer, de aportar el dictamen pericial y el de secreto profesional. *De lege ferenda* sería deseable que estos derechos y deberes aparecieran recogidos en una previsión legal específica, probablemente en la LOPJ y dentro de un capítulo que regulara la figura del perito como un sujeto colaborador de la Administración de Justicia.

1. Derechos del perito

Nos referimos a los siguientes:

- a) Derecho a la provisión de fondos.

Podrá exigirse dentro de los tres días siguientes al nombramiento del perito de designación judicial. Se trata, como se ha dicho, de un anticipo a cuenta de la liquidación

⁸⁶ Puede verse DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba*, t.II, 6ª ed., ed. Temis, 2012, quien distingue entre los deberes (pág.357) y los derechos (págs.361 y ss.). Con respecto a la LEC puede verse ASECIO MELLADO, J.Mª, en "Proceso Civil Práctico", t.IV, Gimeno Sendra, V. (dir.), La Ley, Madrid, 2010, págs.589-592; y GONZÁLEZ PILLADO, E. e IGLESIAS CANLE, I., *La prueba pericial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista Xurídica Galega, núm.27, 2º trimestre, 2000, págs.314-317.

final, que no impide la presentación de la posterior minuta de honorarios profesionales, a pesar de que algunos autores postulan la solicitud anticipada del importe total de la pericia⁸⁷. Es objeto de regulación específica en el art. 342.3 LEC.

b) Derecho al acceso a los medios adecuados para la investigación.

Para emitir su dictamen pericial el perito puede precisar examinar un objeto, mueble (ej. exhibición de libros de contabilidad de una empresa) o inmueble (ej. filtraciones de agua existentes en una vivienda), o puede precisar examinar una persona (ej. examen de testador a los efectos de su capacidad para testar), existiendo una carga de poner a disposición la cosa, o permitir el acceso al inmueble, o el examen de una persona, que puede fundarse en un deber general de colaboración con la Administración de Justicia (art. 118 CE) o específicamente en un deber de buena fe procesal (art. 247 LEC)⁸⁸.

Las partes pueden estar presentes en las operaciones periciales, con el doble límite de no entorpecer la labor pericial ni condicionar su imparcialidad o acierto (art. 345.1 LEC). Pero no existen previsiones cuando las partes dificultan u obstaculizan el acceso a la cosa o persona⁸⁹. Tratándose del acceso a cosas, y de existir una negativa de la parte que la tiene en su poder, y previa constancia de tal incidencia – a ser posible mediante acta notarial–, el perito puede recabar la correspondiente autorización judicial para acceder a la cosa mueble o inmueble⁹⁰, sin perjuicio que, de estimarlo procedente, se sancione a la parte obstruccionista con una multa por infracción a la buena fe procesal (art. 247 LEC). Tratándose de una negativa de una persona a comparecer ante el perito (ej. testador de cuya capacidad se duda para testar), lo más prudente es considerar la negativa como un indicio que, junto con el resto de las pruebas, deben valorarse en el momento de dictar sentencia⁹¹.

De lege ferenda ya se ha propuesto la introducción de un artículo "de auxilio al perito" con el tenor literal siguiente:

"Las partes vendrán obligadas a facilitar al perito cuantos datos y elementos les sean solicitados por el perito para la mejor emisión de su dictamen.

87 BALAGUÉ DOMÉNECH, J.C., *Los honorarios de los peritos. Vías legales para su cobro*, 2ª ed., ed. Bosch, 2007, pág.29, quien justifica su parecer en evitar situaciones desagradables, "especialmente si la parte que ha de liquidarlo [el importe de la provisión de fondos] no haya sido la más favorecida con la prueba pericial objetiva y, además, es la que perdió".

88 En este sentido, PICÓ i JUNOY, J., *El principio de buena fe procesal*, 2ª ed, J.M.editor, Barcelona, 2013, págs.186-187.

89 Sobre esta problemática y sus alternativas legales puede verse ampliamente PICÓ i JUNOY, J., ¿Qué hacer cuando la parte contraria le niega el acceso al bien sobre el que su perito debería realizar el dictamen?, en *"La prueba pericial"*, J.M.Bosch, 2009, págs.388-394.

90 Del mismo parecer MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 7ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2012, pág.378, quien afirma que "cabe que el perito precise entrar en recinto cerrado y el juez debe facilitarle ese acceso, incluso con mandamiento de entrada".

91 La SAP Barcelona, secc.16ª, de 24 de mayo de 2004, fto. jco. 5º (AC 2004/1013) razona que la negativa de una parte a someterse a un reconocimiento médico, amén de una infracción a la buena fe procesal (art. 247.1 LEC), puede valorarse como un indicio para desestimar las pretensiones de la parte que actúa de forma obstruccionista.

Caso de negarse a ello, el Juez decidirá en torno a la procedencia de facilitar dichos datos y elementos, pudiendo adoptar la medidas precisas para que sean proporcionados al perito, incluso fijando multas coercitivas periódicas a dicho efecto"⁹².

A esta redacción nos permitimos aportar un añadido final, del tenor literal siguiente: "y tratándose de inmuebles, se podrá autorizar una entrada en los mismos".

c) Derecho a la libertad de investigación.

Una vez el perito ha aceptado el cargo y conocidos los extremos de la pericia, debe ser él mismo quien decida los estudios, investigaciones, ensayos u operaciones adecuadas para desempeñar bien y fielmente el cargo conforme a la *lex artis*, y sin necesidad de recibir imposiciones del juez o de las partes, y todo ello sin perjuicio de su propia responsabilidad. Basta que este derecho aparezca recogido en el catálogo general de derechos, sin mayores concreciones.

d) Derecho a la remuneración del trabajo.

El perito tiene derecho a los honorarios profesionales, cuyo devengo se produce desde la emisión del dictamen pericial, con independencia de su incidencia en el fallo y del resultado del pleito, y debe ser abonados por la parte que lo haya propuesto, con independencia también que existiendo condena en costas puedan incluirse en la tasación de costas.

La reclamación judicial puede encauzarse a través del juicio monitorio⁹³ o del juicio ordinario⁹⁴, existiendo copiosa jurisprudencia "menor" que admite la reclamación de los honorarios del perito a través del juicio monitorio bajo el argumento fundamental que se trata de deudas dinerarias, vencidas y exigibles, y que se trata de un cauce apto para la reclamación de los honorarios de cualquiera intervinientes en un proceso, máxime cuando los peritos no disponen del procedimiento de jura de cuentas⁹⁵.

La dicción del art. 241.1.4º LEC, al regular los derechos de los peritos como partida integrante de la tasación de costas, permite incluir tanto al perito de parte como al de designación judicial.

Para garantizar la efectividad y agilidad del cobro de los honorarios de los peritos sería útil una previsión relativa al procedimiento de jura de cuentas, similar a la que disponen los

92 SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Algunas reformas urgentes...", ob. cit., pág.196.

93 El AAP Barcelona, secc.14ª, de 17 de marzo de 2003, fto. jco.2º (La Ley 52757/2003) considera suficiente, a los efectos del "principio de prueba del derecho del peticionario" (art. 815.1 LEC), la aportación de la copia del acta de aceptación del cargo de perito y la correspondiente minuta por la emisión del dictamen. También la SAP A Coruña, secc.4ª, de 5 de octubre de 2005, fto. jco.2º (AC 2005/2211) admite como principio de prueba la copia del acta de aceptación de carga y la solicitud de una provisión de fondos.

94 BANACLOCHE PALAO, J., "La pericia: claves para un planteamiento eficaz de la prueba", ob. cit., pág.87.

95 Entre otras muchas resoluciones, pueden verse: AAP Burgos, secc.3ª, de 6 de mayo de 2003, fto. jco.3º (JUR 2003/177147); SAP Madrid, secc.14ª, de 14 de septiembre de 2004, fto. jco.3º (JUR 2004/264473); SAP Asturias, secc.5ª, de 22 de diciembre de 2004, fto. jco.4º (JUR 2004/14102); y AAP León, secc.3ª, de 3 de octubre de 2006, fto. jco.1º (AC 2006/1707).

abogados y procuradores, tal y como se preveía en el art. 353 bis del PLEC⁹⁶ y se ha sugerido por la doctrina⁹⁷, con el tenor literal siguiente:

"Una vez emitido el dictamen pericial, el perito podrá utilizar para el cobro de sus honorarios el procedimiento establecido en el art. 35 frente a la parte que hubiese interesado su nombramiento o frente a la parte condenada al pago de las costas, interesándose en su caso informe del Colegio al que pertenezca".

2. Deberes del perito

Entre los deberes del perito analizamos los siguientes:

a) Deber de aceptar el cargo.

La aceptación del cargo de perito, que es voluntaria tratándose de un perito de parte, deviene obligatoria cuando se trata de un perito de designación judicial, por mor de su inclusión voluntaria en las listas de peritos⁹⁸. Se ha previsto una justa causa que permite la exoneración del deber de aceptación del cargo (art. 342.2 LEC), que la doctrina interpreta restrictivamente⁹⁹.

b) Deber de desempeñar bien y fielmente el cargo.

Constituye un deber de elevado contenido ético, recogido por las normas deontológicas bajo referencias variadas como pueden ser, entre otras, la profesionalidad, la objetividad, la imparcialidad y la veracidad¹⁰⁰. Se recoge dentro del artículo que encabeza la sección destinada a la regulación de la prueba pericial y bajo la novedosa –y para algún autor "bienintencionada e ingenua"¹⁰¹– fórmula del juramento o promesa de actuar con objetividad (art. 335.2 LEC), que ha venido a sustituir a la tradicional fórmula del juramento o promesa de desempeñar bien y fielmente el cargo (art. 628 LEC de 1881).

De lege ferenda postulamos recuperar la fórmula de jurar o prometer desempeñar bien y fielmente el cargo, por ser más clara en su formulación y más comprensible por los operadores jurídicos, y trasladar este deber al artículo que regula la aceptación y nombramiento del perito, por ser el momento procesal adecuado para prestarlo.

96 Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, Serie A, núm.1479, de 26 de marzo de 1999, pág.530.

97 SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Algunas reformas urgentes...", ob. cit., pág.197.

98 GÓMEZ COLOMER, J.L. (con Montero Aroca y Barona Vilar), *El nuevo proceso civil*, Valencia, 2000, p.322, considera que el perito ya no es libre de aceptar el cargo, y salvo justa causa, su inclusión en las listas convierte en obligatoria la aceptación del cargo. Del mismo parecer, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pág.354; y GUZMÁN FLUJA, V., en *El proceso Civil*, ob. cit., pág.2489.

99 RAMOS MENDEZ, F., en *Enjuiciamiento Civil*, t.I, ob. cit., pág.812, se desmarca de la opinión dominante y argumenta que debe admitirse con amplitud la justa causa para no aceptar el cargo de perito, pues "la inclusión en las listas no supone más que una manifestación de disponibilidad para aceptar encargos, pero no uno concreto" y porque "no hay nada peor que tener un perito incómodo".

100 Art. 4 Principios deontológicos y de buenas prácticas de l'Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses col·laboradors de l'Administració de Justícia.

101 DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág.275.

c) Deber de emitir/aportar el dictamen pericial.

La actividad pericial culmina con la aportación de un dictamen pericial, en el que el perito, tras la realización de las pertinentes operaciones periciales, da respuestas a los extremos de la pericia y formula sus conclusiones. Se trata también de un deber fundamental, en la medida que aumenta el acervo probatorio, y permitirá al perito solicitar la percepción de sus honorarios profesionales.

El dictamen emitido por perito designado por las partes deberá aportarse junto con la demanda o la contestación a la demanda (arts. 265.1.4º y 336 LEC), bajo sanción de preclusión (art. 269 LEC), mientras que el dictamen de designación judicial deberá aportarse en el plazo señalado al efecto en el momento de la aceptación del cargo de perito, y en todo caso, con anterioridad al acto del juicio o de la vista (art. 346 LEC).

Junto al momento de la aportación, debería preverse que la no aportación del dictamen pericial de designación judicial origina responsabilidad civil por no haber actuado conforme a la *lex artis* o por no haber presentado el dictamen pericial en el plazo señalado^{102/103}, y que debe efectuarse tal advertencia al perito en el momento de aceptar el cargo.

d) Deber de comparecer

A diferencia del derogado art. 627 LEC 1881, que exigía la ratificación del dictamen pericial, la LEC ha prescindido de dicha exigencia, de modo que se trata de una facultad de las partes, que se contempla en dos supuestos: a) previa solicitud de la parte, y a los efectos que el perito aporte las aclaraciones o explicaciones que estime oportunas (arts. 337.2 y 338.2 LEC); y b) *ex officio iudicis*, cuando el propio tribunal interesa la presencia del perito para comprender y valorar mejor el dictamen realizado (art. 346 LEC)¹⁰⁴.

La "ratificación" del dictamen pericial es facultativa, de modo que aportado el dictamen y aun no "ratificado" podrá desplegar efectos probatorios. Todo perito debe comparecer a presencia judicial, a instancia de parte o de oficio, para someter a contradicción el dictamen pericial, dado que la finalidad de la prueba pericial es aportar aquellos conocimientos especializados de los que carece el juzgador. Este deber se regula de modo disperso y con

102 DOLZ LAGO, M.J., *La responsabilidad profesional del perito (1)*, Diario La Ley, núm.7988, de 20 de diciembre de 2012, pág.8.

103 ASENCIO MELLADO, J.Mº, en *Proceso Civil Práctico*, vol.IV, ob. cit., págs.591-592, distingue en cuanto a los dictámenes de designación judicial los supuestos de: a) no realización del dictamen por imposibilidad, que no comporta responsabilidad; b) dictamen entregado fuera de plazo, en cuyo caso se podrá incorporar por vía de diligencias finales en el juicio ordinario o exigir responsabilidad en el juicio verbal; c) no entrega del dictamen, que comporta proceder por desobediencia a la autoridad judicial; d) negativa a informar o a cumplir con las obligaciones del art. 347 LEC, que comporta desobediencia a la autoridad.

104 La SAP Valencia, secc.8ª, de 26 de junio de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/286459) apunta: "[...] la ratificación del dictamen en el acto del juicio o de la vista, no es circunstancia a la que se supedita su eficacia probatoria, de hecho, como expresa el artículo 347.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita y prueba de ello es que el artículo 429.8 del texto legal citado, contempla que cuando se hayan presentado informes periciales y ni las partes ni el tribunal solicitare la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe, se procederá a dictar sentencia, sin previa celebración del juicio". En sentido similar, puede verse la SAP Pontevedra, secc.6ª, de 20 de febrero de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/75055).

ocasión del momento de la aportación de los dictámenes, bien a instancia de parte (arts. 337.2 y 338.2 LEC), bien de designación judicial (art. 346 LEC), resultando más clarificadora su regulación única y con motivo de la contradicción del dictamen pericial.

La intervención de los peritos en el juicio o la vista debe regularse con ocasión de la contradicción, simplificando el prolijo contenido del art. 347 LEC –que prevé hasta seis distintas posibilidades de actuación de los peritos- y posibilitando un careo de peritos, de existir varios de ellos, y ser interesado por las partes y estimarse oportuno por el juez, tal como se admite cada vez con mayor frecuencia en la jurisprudencia menor (SAP A Coruña, de 14 de julio de 2005¹⁰⁵), aun cuando no faltan resoluciones contrarias (SAP Valencia, de 22 de febrero de 2006¹⁰⁶) o reacias a tal posibilidad (SAP Murcia 2 de junio de 2003¹⁰⁷)/¹⁰⁸.

De lege ferenda postulamos la supresión del deber de emitir el dictamen pericial con ocasión de los artículos que regulan los momentos de aportación (arts. 337.2, 338.2 y 346 LEC) y una reforma del art. 347 LEC en el sentido siguiente:

Art. 347 LEC. Actuación de los peritos en el juicio o la vista. Careo de peritos.

Todo perito debe comparecer en el acto del juicio o la vista para ratificar el dictamen pericial, cuando así lo acuerde el tribunal o a instancia de parte, si el tribunal lo considera conveniente.

En dicho acto, las partes y el tribunal podrán interesar del perito las explicaciones y aclaraciones oportunas, así como la ampliación del dictamen a puntos conexos.

De haberse interesado la comparecencia de varios peritos, se podrá practicar un careo entre todos ellos, bajo la supervisión del tribunal, que dirigirá el acto y cuidará por el debido orden y contradicción.

e) Deber de guardar el secreto profesional.

La LEC no regula el deber de secreto profesional, aun cuando aparece recogido en la normativa colegial y deontológica de las asociaciones y colegios profesionales de peritos¹⁰⁹.

105 La SAP A Coruña, secc. 4ª, de 14 de julio de 2005, fto. jco.3º (EDJ 2005/216110) razona: "[...] Ante las discrepantes conclusiones de los peritos informantes no alcanza la certeza sobre el hecho, en el que se funda la demanda, sobre un origen interno del fuego, provocado por un cortocircuito" [...] Pues bien, frente a tales argumentos y acordado un careo por el juez a quo, en posibilidad perfectamente factible en Derecho, y adecuada al caso presente por concurrir el supuesto fáctico para ello, al amparo normativo del artículo 373 de la LEC, lo que incluso se contempla en sede de prueba pericial bajo la fórmula de crítica del dictamen de la parte contraria (art. 347.5º LEC), el especialista de la guardia civil se limitó a ratificar su informe sin rebatir los argumentos esgrimidos por el técnico de la Ford". También admiten el careo de peritos, entre otras, la SAP Segovia, 30 de junio 2010, fto. jco.3º (La Ley 124316/2010); SAP A Coruña, de 29 de septiembre de 2009, ftos. jcos 7º y 11º (La Ley 235345/2009); SAP Barcelona, secc.17ª, de 26 de noviembre de 2007, ftos. jcos. 1º, 2º y 3º (La Ley 321253/2007), SAP Palencia, de 23 de septiembre de 2005, fto. jco.3º (JUR 2005/262636).

106 La SAP Valencia, secc.1ª, de 22 de febrero 2006, fto. jco.4º (La Ley 90532/2006) no admite el careo entre peritos bajo el argumento que la LEC no contempla tal posibilidad.

107 La SAP Murcia, secc.4ª, de 2 de junio 2003, fto. jco 2º (JUR 2003/211394) razona que la valoración de la prueba pericial no tiene porqué ser determinada mediante un careo de peritos, pues corresponde al juez la valoración de los distintos informes periciales.

108 Al respecto puede verse QUERAL CARBONELL, A., "¿Es posible el careo entre peritos?", en *La prueba pericial*, J.M.Bosch, Barcelona, 2009, págs.422 a 432.

109 Art. 6 Principios deontológicos y de buenas prácticas de l'Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses

Consiste en el deber de mantener en secreto cualesquiera datos que pudieran afectar a derechos fundamentales de las partes y de los que ha tenido conocimiento el perito, sea con motivo de recibir el encargo, sea con motivo del desarrollo de las operaciones periciales. Ante la falta de previsión legal, su infracción tendría sanción en el ámbito disciplinario y colegial.

XI. RECONOCIMIENTO, EMISIÓN Y CONTRADICCIÓN

Tanto el dictamen a instancia de parte como el de designación judicial siguen unos trámites comunes de reconocimiento, emisión y contradicción.

Por reconocimiento pericial, y siguiendo a Font Serra, entendemos "la observación y apreciación –percepción y deducción– de los hechos objeto de prueba por los peritos, que son los sujetos activos de la práctica de la prueba pericial"¹¹⁰, distinguiéndose hasta cuatro fases distintas, consistentes en el examen, análisis, recogida de datos y estudio pertinente¹¹¹. La LEC, siguiendo el art. 501 del Proyecto de Profesores de 1974, sustituye la expresión de "reconocimiento pericial" (art. 626 LEC 1881) por la de "operaciones periciales" (art. 345 LEC) y otorga carácter eventual a esta fase que podrá acordarse "cuando la emisión del dictamen pericial requiera algún reconocimiento de lugares, objetos o personas" (art. 345.1 LEC). La regulación legal prevé la participación de las partes en dicho reconocimiento, siempre que no estorbe la labor del perito o su imparcialidad –referencia ésta perfectamente suprimible–, y permite que sea el perito quien de aviso, con antelación suficiente, a las partes del día, hora y lugar en que aquellas operaciones se llevarán a cabo.

Literalmente el art. 345.1 LEC dispone: "Cuando la emisión del dictamen requiera algún reconocimiento de lugares, objetos o personas o a la realización de operaciones análogas, las partes y sus defensores podrán presenciar uno y otro, si con ello no se impide o estorba la labor del perito y se puede garantizar el acierto o imparcialidad del dictamen".

De lege ferenda postulamos: a) la supresión de la referencia a la "realización de operaciones análogas" en el art. 345.1 LEC por resultar confusa; b) la supresión de la referencia a que las partes o sus abogados "impiden o estorban la labor del perito" o el "acierto o imparcialidad del dictamen" por encerrar un prejuicio a la labor del abogado y una limitación injustificada del derecho de defensa.

La emisión del dictamen pericial comprende la descripción del objeto de dictamen, las operaciones periciales llevadas a cabo, el resultado de las operaciones periciales y las conclusiones¹¹². La LEC regula la forma de emisión del dictamen –que deberá ser escrita (arts. 336 y 346 LEC)–; el plazo de aportación –con la demanda o contestación a la demanda los emitidos a instancia de parte (arts. 265.1.4º y 336 LEC) y en el plazo señalado los emitidos por peritos de designación judicial (art. 346 LEC)–; y la solicitud de la comparecencia del perito al acto del juicio o de la vista (arts. 337.2, 338.2, II y 346 LEC). Este último aspecto,

col-laboradors de l'Administració de Justícia.

110 FONT SERRA, E., *La prueba por peritos en el proceso civil español*, ed. Hispano Europea, Barcelona, 1974, pág.170.

111 GÓMEZ ORBANEJA, citado por FONT SERRA, E., *La prueba ...*, ob. cit., pág.172.

112 FONT SERRA, E., *La prueba por peritos...*, ob. cit., pág.116.

como se ha anticipado, y en aras a su simplificación, debe regularse con ocasión de la contradicción.

Las partes deben disponer de las copias del dictamen con una antelación suficiente para estudiarlo y estar en condiciones de someterlo a contradicción. Se ha dicho acertadamente que "la verdadera prueba pericial es el conjunto del dictamen y las explicaciones con contradicción"¹¹³, afirmación también recogida por la jurisprudencia menor (entre otras, SAP Cantabria, de 19 de noviembre de 2005¹¹⁴; y SAP Toledo, de 19 de septiembre de 2006).

De lege ferenda postulamos la reforma del artículo 346 LEC en el sentido que las partes puedan disponer de las copias del dictamen pericial con una antelación mínima a la celebración del acto del juicio o de la vista para su estudio y la preparación de la contradicción. De esta modo, y siguiendo la propuesta de Serra Domínguez, quedaría redactado:

"Artículo 346 LEC. Emisión del dictamen.

El perito emitirá por escrito su dictamen razonado, haciéndolo llegar al tribunal con tantas copias cuantas sean las partes, dentro del plazo señalado. De dicho dictamen se dará traslado a las partes con una antelación mínima de dos días al señalado para la celebración del juicio o de la vista"¹¹⁵.

La contradicción, regulada en el artículo 347 LEC sin carácter de *numerus clausus*, comprende el contenido de la intervención del perito en el acto juicio o de la vista, enumerándose hasta seis actuaciones distintas: 1º) exposición del dictamen; 2º) explicación del dictamen o de algunos de sus puntos; 3º) respuestas a preguntas y objeciones sobre método y conclusiones; 4º) respuestas a solicitudes de ampliación a extremos conexos; 5º) crítica del dictamen por el perito de la adversa; y 6º) formulación de tachas que afecten al perito¹¹⁶.

Como ya se ha razonado, la enumeración legal resulta innecesariamente prolija, bastando precisar que el perito ofrecerá las explicaciones y aclaraciones que las partes soliciten y el tribunal estime pertinente y que se prevé la posibilidad de ampliación del dictamen a puntos conexos.

Puede admitirse el careo entre peritos, si el tribunal lo considera conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos¹¹⁷, y que algún autor ha justificado en el apartado 5º del art. 347 LEC que permite la "crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte

113 MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pág.379.

114 La SAP Cantabria, secc.3ª, de 19 de noviembre de 2005, fto. jco. 4º (EDJ 2005/169663) afirma que la prueba pericial "no solo alcanza la emisión escrita de su informe, sino su intervención [del perito] en el juicio con explicaciones y respuestas a las preguntas de las partes y del juez (art. 347 LEC)"; y, en sentido similar, la SAP Toledo, secc.1ª, de 19 de septiembre de 2006, fto. jco.1º (EDJ 2006/286091) recuerda que "la prueba por dictamen de peritos no se integra únicamente por el contenido del informe escrito que se aporte a los autos, sino también se compone por lo que el propio perito manifieste en su intervención en la vista en casos como el presente en que sea llamado a la misma, y con ello por las explicaciones que ante las partes el Juez dé de su informe y por las respuestas, ampliaciones y aclaraciones que ofrezca a las preguntas u objeciones de las partes y del Tribunal (art. 347 LEC)".

115 SERRA DOMINGUEZ, M., "Algunas reformas urgentes...", ob. cit., pág.196.

116 ARAGÓ HONRUBIA, I., "La intervención del perito en el acto de la vista", en *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2006, págs.431-444, efectúa un exhaustivo examen de cada una de las posibilidades de intervención del perito en la vista o juicio a partir del análisis de cada ordinal del art. 347 LEC.

117 PICÓ i JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español*, ob. cit., pág.158.

contraria"¹¹⁸. La LEC solo contempla el careo entre testigos y entre testigos y partes (art. 373. 1 y 2 LEC)¹¹⁹, pero el enfrentamiento dialéctico entre peritos facilita el ejercicio de la sana crítica judicial, y ya el derogado art. 629 LEC 1881 admitía que "si estuvieren en discordia [los tres peritos], se pondrán por separado tantas declaraciones o dictámenes escritos cuantos sean los pareceres".

XII. VALORACIÓN

La valoración del dictamen pericial se efectuará conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC).

Sabido es que la sana crítica es un sistema de libre valoración motivada, pues como se ha afirmado acertadamente "el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no la ha desvinculado de la reglas de la razón"¹²⁰. Una valoración libre es una valoración motivada y el juez deberá explicar si sigue, en todo o en parte, las conclusiones del perito, o las razones por las que se aparta del dictamen pericial.

No rige en sede de valoración de la prueba pericial un criterio de automatismo matemático ni de mayorías, caso de existir varios dictámenes periciales. El juez puede optar por seguir las conclusiones de uno de los dictámenes contradictorios; puede separarse de la opinión de los peritos, aun siendo unánime (STS, de 10 de febrero de 1994¹²¹); puede aceptar en parte y rechazar en parte el dictamen pericial y, a mayor abundamiento, puede preferir la opinión del perito discrepante¹²² o simplemente no quedar convencido por ninguno de los dictámenes¹²³, por mantener una situación que algún autor ha calificado como "duda auténtica"¹²⁴.

118 RAMOS MÉNDEZ, F., en *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág. 816.

119 Así lo pone de manifiesto, para no admitir el careo entre peritos, RIBELLES ARELLANO, J.Mª, "La prueba", en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Alegret Burgués, Mª E. y López López, E. (dirs), Estudios de Derecho Judicial, núm. 44/2003, CGPJ, Madrid, 2004, pág.358.

120 TARUFFO, M., "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", en *Jueces para la democracia, Información y debate*, núm. 52, marzo 2005, pág.67.

121 La STS, Sala1ª, de 10 de febrero de 1994, fto. jco. 4º (EDJ 1994/1134) que, a su vez, cita la STS de 31 de marzo de 1967, razona: "[...] de modo que el juez puede prescindir totalmente del dictamen pericial, puede si dictaminan varios aceptar el resultado de alguno y desechar el de los demás peritos, si como en este caso, hubo varios dictámenes contradictorios". Doctrina reiterada por constante "jurisprudencia menor" y así, entre otras muchas, las SSAP Vizcaya, secc. 5ª, de 13 de marzo de 2007 (EDJ 2007/393394); AP Madrid, secc.13ª, de 28 de marzo de 2007, fto. jco.4º (EDJ 2007/86632); AP Barcelona, secc.19ª, de 20 de junio de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/464486). De modo significativo la SAP Lleida, secc. 2ª, de 7 de marzo de 2005, fto. jco. 2º (EDJ 2005/38096) razona: "Así en los supuestos en los que existan varios dictámenes periciales el juzgador, en ejercicio de sus facultades de valoración, puede aceptar el resultado de uno de ellos y prescindir de los demás, e incluso alejarse o discrepar de todos, siempre que no sustituya arbitrariamente el criterio pericial por el suyo propio y que se motive de forma conveniente la decisión adoptada".

122 LESSONA, C., *Teoría general de la prueba en derecho civil*, t.IV, Instituto editorial Reus, Madrid, 1942, págs.555-556.

123 MUÑOZ SABATÉ, LL., "¿Qué puede hacer un juez ante dos dictámenes contradictorios?", en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm.1-2008, págs.227-230.

124 MUÑOZ SABATÉ, LL., *Introducción a la probática*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2007, pág.87 distingue, con agudeza, tres situaciones de duda en la formación de la convicción judicial: "Existe una duda *auténtica*, que no es más que un puro convencimiento que se duda, una duda útil, que emplean algunos jueces para salirse del atolladero de la

A la redacción vigente, puede añadirse que, en todo caso, el juez no viene obligado a sujetarse al parecer de los peritos, tal como acertadamente indicaba la LEC de 1881¹²⁵, y que viene a reforzar el carácter no vinculante del dictamen pericial, así como la necesidad de motivación por parte del juez, particularmente en aquellos supuestos en los que se aparte del parecer de los peritos.

XIII. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

A continuación recogemos de forma ordenada las propuestas *de lege ferenda*, con la finalidad de ofrecer una visión más completa de la regulación de la prueba pericial.

Primero: artículo 335 LEC. Objeto del dictamen pericial.

Podrá emplearse el dictamen de peritos cuando para conocer o valorar hechos o circunstancias de influencia en el asunto sean necesarios o convenientes al juez conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos.

Segundo: artículo 336 LEC. Dictámenes aportados por las partes.

Las partes podrán aportar con los escritos de demanda y contestación a la demanda dictámenes por peritos por ellos designados.

En los juicios verbales el demandado podrá aportar dictámenes periciales antes de los cinco días señalados para la celebración del juicio verbal, con tantas copias cuantas sean las partes, a quienes se deberá dar traslado con una antelación mínima de dos días para el señalado al día de la vista.

Tercero: artículo 339 LEC. Designación judicial de peritos.

Con independencia de la aportación de dictámenes por las partes con la demanda y contestación a la demanda, éstas podrán solicitar en la audiencia previa o en la vista, la designación judicial de un perito, proponiendo los extremos sobre los que deberá versar la pericia. Oídas las demás partes, a efectos de ampliación de los extremos, el juez resolverá en la audiencia previa o en la vista sobre la pertinencia y utilidad del dictamen pericial y, de admitirse, sobre los extremos que debe versar la pericia.

Cuando la solicitud de dictamen pericial se efectúe en el acto de la vista, se suspenderá ésta por el plazo que el tribunal considere necesario para que se emita el dictamen por perito.

En la misma audiencia previa o en el acto de la vista, de existir acuerdo entre las partes sobre la persona o entidad que deba emitir el dictamen, el tribunal procederá a su designación. De no existir acuerdo, el perito será insaculado de entre cinco de los propuestos por el juez, a partir de los peritos obrantes en las listas en su poder, debiendo resultar elegido un perito titular y dos suplentes.

complejidad de los hechos y que en otro lugar he indicado como *complejo de Pilates* y una duda *estratégica* que también se emplea para poder aplicar soluciones tuitivas o de equidad".

125 SERRA DOMÍNGUEZ, M., 2Algunas reformas urgentes...", ob. cit., pág.197.

En los procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre capacidad de las personas o en procesos matrimoniales el tribunal podrá, de oficio, acordar un dictamen pericial y designar al perito.

Cuarto: artículo 340 LEC. Capacidad de los peritos. Pericia individual y pericia colegiada.

- 1.- Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias.
- 2.- También podrán emitir dictámenes las Academias, instituciones u otras personas jurídicas que se dediquen al estudio de las materias correspondientes al objeto del dictamen. La pericia corporativa podrá ser solicitada bien por acuerdo de ambas partes o bien a petición de una parte, y siempre que el tribunal la considere pertinente y útil.
- 3.- La institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad la identidad de la persona o personas que se encargarán directamente de prepararlo, los cuales prestarán juramento o promesa de desempeñar bien y fielmente el cargo, y se someterán al régimen de preparación, emisión y contradicción del dictamen pericial previsto en esta sección.
- 4.- La institución encargada del dictamen responderá solidariamente con la persona designada de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del deber de emitir el dictamen.

Quinto: artículo 341 LEC. Listas de peritos.

- 1.- En el mes de enero de cada año se interesará de los Colegios Profesionales o de entidades análogas el envío de una lista de colegiados capacitados para actuar como peritos comprendiendo como mínimo diez peritos. Si en la demarcación de dichas entidades no existiera suficiente número de peritos se completará con la de otras entidades próximas.
- 2.- Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial por su condición de práctica o entendida en la materia, se interesará en cada caso concreto una lista de los sindicatos, asociaciones o personas apropiadas, comprendiendo como mínimo cinco personas. Si por razón de la singularidad de la materia de dictamen no fuera posible alcanzar dicho mínimo de cinco personas y no se lograra acuerdo entre los interesados, la designación será efectuará por insaculación.

Sexto: artículo 342 LEC. Aceptación y nombramiento de perito.

- 1.- El nombramiento del perito designado se comunicará lo antes posible y por la vía más rápida posible, dejando debida constancia en las actuaciones, y citándole para que comparezca ante el Secretario judicial para aceptar el cargo, en cuyo acto se le informará de los extremos del dictamen pericial, del plazo para su emisión, de

la responsabilidad civil y penal en que pueda incurrir, y deberá prestar juramento o promesa de desempeñar bien y fielmente el cargo.

- 2.- Si el perito designado no compareciera a aceptar el cargo o alegare justa causa que se lo impidiera, cuya suficiencia debe ser apreciada por el Secretario judicial, se procederá al llamamiento de los peritos suplentes. De no aceptar el nombramiento los suplentes, se procederá a la designación directa de perito por el juez.

Séptimo: artículo 343 LEC. Provisión de fondos.

- 1.- El perito designado judicialmente podrá solicitar, en los tres días siguientes a su nombramiento, una provisión de fondos a cuenta de la liquidación final, a cuyo efecto deberá efectuar ante el tribunal una petición, oral o escrita, con un presupuesto detallado, atendiendo, entre otros factores, al tiempo de dedicación, la dificultad o complejidad del encargo, la intensidad de la dedicación, la urgencia y la especialización del encargo o la utilización de material específico. A la vista de la solicitud, el Secretario judicial fijará la suma que deba abonar la parte que hubiera interesado el dictamen pericial en el plazo de cinco días en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Tribunal.
- 2.- Si alguna de las partes impugnare la cantidad solicitada por el perito en concepto de provisión de fondos, se convocará a las partes y al perito a una comparecencia, en la que podrán alegar lo que estimen oportuno, y el Secretario judicial resolverá en el acto sobre la cuantía de la provisión de fondos, sin posibilidad de ulterior recurso.
- 3.- Si la parte requerida de anticipar la provisión de fondos no lo efectuaré, podrá ser anticipada por cualesquiera de las restantes partes, o garantizada mediante aval bancario por cualesquiera de ellas, y si no resultare posible, el perito quedará eximido de emitir el dictamen, salvo que renunciara a la provisión inicial de fondos.
- 4.- El perito podrá solicitar un incremento de la cantidad postulada como provisión de fondos de concurrir nuevas circunstancias que lo justifiquen, siguiéndose el mismo procedimiento establecido en los párrafos anteriores.

Octavo: artículo 344. Operaciones periciales y posible intervención de las partes en ellas.

- 1.- Cuando la emisión del dictamen requiera algún reconocimiento de lugares, objetos o personas, las partes y sus defensores podrán estar presentes.
- 2.- Si el tribunal, a instancia de parte, accediera ello indicará al perito que dé aviso directamente a las partes, con antelación suficiente, del día, hora y lugar en que aquellas operaciones se llevarán a cabo.

Noveno: artículo 345. Auxilio judicial al perito.

Las partes vendrán obligadas a facilitar al perito cuantos datos y elementos les sean solicitados por el perito para la mejor emisión de su dictamen.

Caso de negarse a ello, el Juez decidirá en torno a la procedencia de facilitar dichos datos y elementos, pudiendo adoptar la medidas precisas para que sean proporcionados al

perito, incluso fijando multas coercitivas periódicas a dicho efecto y, tratándose de inmuebles, podrá autorizarse la entrada en los mismos.

Décimo: artículo 346. Emisión del dictamen pericial.

El perito emitirá por escrito su dictamen razonado, haciéndolo llegar al tribunal con tantas copias cuantas sean las partes, dentro del plazo señalado. De dicho dictamen se dará traslado a las partes con una antelación mínima de dos días al señalado para la celebración del juicio o de la vista.

Undécimo: artículo 347 LEC. Actuación de los peritos en el juicio o en la vista. Careo de peritos.

Todo perito debe comparecer en el acto del juicio o la vista para ratificar el dictamen pericial, cuando así lo acuerde el tribunal o a instancia de parte, si el tribunal lo considera conveniente.

En dicho acto, las partes y el tribunal podrán interesar del perito las explicaciones y aclaraciones oportunas, así como la ampliación del dictamen a puntos conexos.

De haberse interesado la comparecencia de varios peritos, se podrá practicar un careo entre todos ellos, bajo la supervisión del tribunal, que dirigirá el acto y cuidará por el debido orden y contradicción.

Duodécimo: artículo 348 LEC. Valoración del dictamen pericial.

El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse a los mismos.