

COLECCIÓN
20 años LEC 2000

La prueba en el proceso civil

Coordinador
Julio Banacloche Palao

- › Disposiciones generales sobre la prueba en el proceso civil
por *Francisco López Simó y Felip Alba Cladera*
- › El interrogatorio de testigos en el proceso civil
por *José Manuel Chozas Alonso*
- › La prueba documental y la prueba mediante soportes informáticos
por *Guillermo Ormazábal Sánchez*
- › El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil
por *Jesús Zarzalejos Nieto*

■ LA LEY

COLECCIÓN
20 años LEC 2000

▪ LA LEY

El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil

Jesús Zarzalejos Nieto

© **Jesús Zarzalejos Nieto**, 2019

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.com>

Primera edición: septiembre 2019

Depósito Legal: M-24885-2019

ISBN Obra completa: 978-84-9020-793-2

ISBN versión impresa: 978-84-9020-906-6

ISBN versión electrónica: 978-84-9020-907-3

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

arbitraje remite a la facultad que se les concede de «renovar» la prueba del proceso civil declarativo, evitando la contaminación prejuiciosa que haya podido adquirir el perito tras su paso por uno u otro procedimiento. En todo caso, habrá de entenderse que los procedimientos de mediación y arbitraje a los que alude la LEC finalizaron sin acuerdo o laudo, respectivamente, que resolviera el conflicto en cuanto al fondo del mismo, porque si lo hubieran hecho, el problema no se plantearía por efecto de la cosa juzgada material negativa (apartado 1 del artículo 222 LEC).

5. La designación del perito

Salvo en los procesos civiles en los que se discuten acciones constitutivas «sobre la declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales» (apartado 5 del artículo 339 LEC), el juez no está autorizado a ordenar de oficio la práctica de una prueba pericial, ni, por tanto, a designar peritos. Conforme al principio de justicia rogada y aportación de parte (artículo 216 LEC), son los litigantes los que tienen que asumir la carga de aportar el dictamen pericial. Es decir, en el proceso civil dispositivo, el perito siempre es de parte.

Cuestión distinta es la forma en la que, a instancia de la parte, se determina qué perito es el que se encargará de realizar el dictamen solicitado. O bien la parte asume por sí misma la designación del experto, en cuyo caso sería una designación de confianza, lo que se consuma con la aportación del dictamen con la demanda o la contestación; o bien la parte pide al órgano judicial que designe el perito conforme a los trámites legalmente establecidos.

En ambos casos, el perito es de parte, insistimos, con independencia de que el procedimiento de designación se base en la confianza personal o en la aleatoriedad de su insaculación o extracción de una lista de peritos puesta a disposición del tribunal.

Es evidente que el diferente método de designación del perito puede influir en la percepción judicial sobre su fiabilidad como fuente interpretativa o acreditativa de los hechos, porque el perito de confianza suele estar acompañado por la sombra de la falta de objetividad, mientras el perito designado judicialmente está, en principio, liberado de ese lastre, circunstancias estas muy presentes en el ánimo de los abogados de las partes, incluso de forma exagerada cuando no tienen en cuenta el reequilibrio que se ha producido paulatinamente entre la pericia privada y la pericia oficial desde la entrada

en vigor de la nueva LEC. En este mismo sentido se pronuncia la **Sentencia 237/2018, de 6 de junio, Sección 1.ª, Audiencia Provincial de Salamanca:**

«Aunque es previsible que los expertos propuestos por las partes tiendan a orientar sus informes a favor de la parte que les paga, debe revisarse la tendencia a depositar una ciega confianza en dictámenes emitidos por Órganos Oficiales, máxime si los mismos presentan defectos o son manifiestamente insuficientes».

5.1. *El perito de confianza de parte*

Hemos expuesto anteriormente que las partes pueden elegir al experto que consideren conveniente para emitir los dictámenes que aportarán con sus escritos de alegaciones iniciales o en los hitos posteriores previstos por la LEC. La ley no condiciona el tipo de perito que pueda ser elegido por la parte, salvo con la exigencia de que posean los conocimientos “correspondientes” (apartado 1 del artículo 335 LEC), es decir, los que no son exigibles a un juez: conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos.

Tal indeterminación sobre las características subjetivas del perito descarga en las partes la responsabilidad de elegir el experto que vaya a defender sus pretensiones, más allá de la mera confianza depositada en su persona, porque ese perito puede ser —suele ser— expuesto a interrogatorios agresivos sobre su falta de preparación académica o experiencia pericial, incluso a las aclaraciones incisivas que le plantee el juez, lo que sucederá casi con total seguridad cuando el dictamen emitido sea determinante del fallo.

No obstante, sí es posible señalar con base legal unos ciertos límites a la libertad de designación que tienen reconocida las partes:

a) La parte debe respetar la prohibición de traer al proceso a un perito que «hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto» (apartado 3 del artículo 335 LEC), cuestión sobre la que nos hemos pronunciado anteriormente.

b) La parte debe ponderar como riesgo, más que como prohibición, el de que el perito sea sometido a un incidente de tacha previsto por el artículo 343 LEC, que abordaremos en un epígrafe posterior.

c) La parte no puede presentar el dictamen de un perito cuando se encuentra inhabilitado para el ejercicio profesional de la pericia por sanción penal o administrativa.

Fuera de estos supuestos legalmente previstos, la parte asume íntegramente los riesgos de elegir un perito con mayor o menor solvencia académica, experiencia profesional y credenciales de actuación en sala.

5.2. *El perito designado por el tribunal*

5.2.1. Crítica al régimen actual

Como hemos dicho, la LEC prevé que el perito cuyo dictamen se aporta a las actuaciones con la demanda o la contestación o en momentos posteriores sea designado, bien por la parte litigante, bien por el órgano judicial, pero siempre por iniciativa de la parte. Por tanto, el procedimiento establecido en los artículos 339 a 342 LEC, relativos a la designación del perito por el órgano judicial, no tiene como objeto la proposición, la valoración y, en su caso, la admisión de un medio de prueba, -todo lo cual constituye materia propia de la audiencia previa del juicio ordinario o de la vista del juicio verbal-, sino la facilitación de un perito a la parte que lo ha solicitado.

El régimen normativo de la designación judicial comienza con una previsión con la que parece que la LEC quiere reservar este tipo de designación a las partes que tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Dice así el apartado 1 del artículo 339 LEC:

«1. Si cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo que se establece en la Ley de asistencia jurídica gratuita».

Al margen del régimen de justicia gratuita, lo coherente con los principios de justicia rogada y de aportación de parte, medulares de los procesos civiles dispositivos, es que las partes litigantes aporten al juicio los medios de prueba que han recabado por sí mismos y a su costa, incluyendo el dictamen pericial emitido por un experto de confianza del litigante. Por eso, entendemos que la designación judicial del perito debería quedar reservada: a) a los casos en que la parte solicitante tiene reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita; y b) con carácter excepcional, a los supuestos en los que las partes no hayan podido designar por sí mismas —y así lo acrediten— un perito de confianza, por la dificultad de hallar uno de la especialidad de la pericia o por causas de similar tenor. Si la regla general es que los dictámenes periciales deben ser aportados con la demanda y la contestación

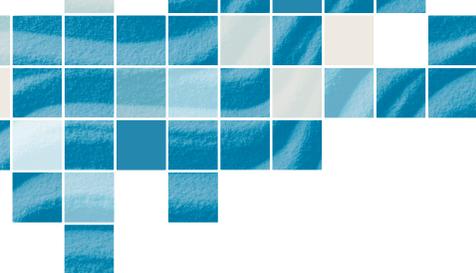
y si la norma que encabeza la designación judicial del perito enmarca esta intervención del tribunal en los beneficios del derecho a la asistencia jurídica gratuita, nos resulta extraña la posterior generosidad de la LEC con las partes para que estas puedan solicitar un perito por medio del tribunal.

En efecto, la LEC extiende la designación judicial de perito a cualquier litigante que lo solicite, introduciendo a nuestro juicio una especie de auxilio judicial para la práctica de una prueba sin necesidad de acreditar que el litigante no puede acceder a ella por sí solo. Esto es lo que dispone el apartado 2 del artículo 339 LEC, que afirma que:

«2. El demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En tal caso, el tribunal procederá a la designación. Dicho dictamen será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas».

Como se desprende del tenor literal transcrito, en este caso la LEC no condiciona la designación judicial de perito más que a la petición de la parte que lo considera «conveniente o necesario» para su defensa, sin requerir una justificación de su conveniencia o necesidad, ni de la imposibilidad de atender una u otra con una designación de confianza. Sólo se prevé que la solicitud se haga en los escritos iniciales de demanda y contestación, aunque las excepciones a esta regla son numerosas e importantes.

No obstante, esta libertad que concede la LEC a las partes para obtener la designación de un perito por intervención judicial, no se integra fácilmente con las exigencias que se les imponen cuando no aportan en sus escritos iniciales de demanda y contestación el dictamen elaborado por un perito de su confianza. El apartado 3 del artículo 336 LEC dice del demandante que deberá justificar «cumplidamente» que su interés litigioso no le ha permitido esperar a disponer del dictamen para presentar la demanda. Por su parte, el apartado 4 del mismo artículo 336 LEC prevé que el demandado «deberá justificar la imposibilidad de pedirlo y obtenerlo dentro del plazo para contestar». El tono imperativo de estos preceptos configura la presentación *ab initio* de los dictámenes periciales como la regla preferente de la LEC, que es la más adecuada tanto a la naturaleza privada de los intereses enfrentados — que sean las partes las que asuman la carga de pedir y obtener los dictámenes periciales en su defensa—, como a la finalidad informativa y defensiva



En el presente Tomo se incluyen cuatro monografías relativas a la prueba en el proceso civil. **Francisco López Simó** y **Felip Alba Cladera** abordan el análisis de las disposiciones generales sobre la prueba, incluyendo lo referente a su objeto, su carga y la forma para su proposición y admisión judicial. **José Manuel Chozas Alonso** examina la prueba de interrogatorio de partes y la prueba testifical, desarrollando su régimen jurídico, su tratamiento jurisprudencial y los problemas de valoración que ambas plantean. **Guillermo Ormazábal Sánchez** dedica su obra a la prueba documental, a la contenida en instrumentos de grabación y reproducción, y a la novedosa prueba electrónica, no regulada en la Ley de Enjuiciamiento pero de frecuente aplicación ante los tribunales. **Jesús Zarzalejos Nieto** expone la prueba por informe de peritos, tanto cuando es elegido por la parte como en los casos en que se designa judicialmente, abordando los problemas y soluciones que suscitan los dictámenes periciales en los distintos procesos e instancias.

En cada una de las monografías no solo se analiza el régimen legal de las diferentes materias, sino que, al hilo de la exposición, se seleccionan y comentan las principales sentencias de los distintos Tribunales que se han pronunciado sobre ellas, aportando así al profesional y al estudioso una información imprescindible para conocer cómo se aplica la Ley de Enjuiciamiento Civil a los veinte años de su publicación.

Este Tomo forma parte de una colección, formada por otros cuatro volúmenes, que contienen diversas monografías donde se exponen las principales materias del proceso civil español.

