

Capítulo Sexto De la provisión de fondos

I. El cambio legislativo y la causa económica

1. Es novedad inevitablemente destacada por la doctrina el ofrecimiento al experto de una provisión de fondos a solicitud, y que tendría lugar antes de elaborar el dictamen y a cuenta de la liquidación final.

Precedente de la mencionada anticipación puede encontrarse en la legislación alemana³⁰⁷ o francesa³⁰⁸, si bien nuestra doctrina científica abogaba por la provisión de fondos pericial merced a las similitudes con el artículo 7 LEC 1881, al amparo del derecho a percibir honorarios previsto en el artículo 423 de ese mismo texto legal³⁰⁹.

2. El trabajo experto puede generar un tiempo considerable, anudado al riesgo de insolvencia de la parte que habrá de pagarlo. En Francia, por ejemplo, el decreto número 89-511, de 20 de julio de 1989, mejoró la situación de los peritos en este punto, imponiendo la

307. Parágrafos 379 y 402 ZPO; cfr. Adolf BAUMBACH, Wolfgang LAUTERBACH, Jan ALBERS y Peter HARTMANN, *Zivilprozeßordnung*, cit., pp. 1.255 y ss. y 1.284 y s.; Heinz THOMAS y Hans PUTZO, *Zivilprozeßordnung*, cit., pp. 694 y s., 715; Richard ZÖLLER et. al., *Zivilprozeßordnung*, cit., pp. 1.029 y s., 1.053 a 1.056.

308. Artículos 269, 270 y 271 NCPC; cfr. Henry SOLUS y Roger PERRON, *Droit...*, cit., p. 793. En el Derecho belga el art. 990 de su Code Judiciaire; v. Cléo LECLERCG, *Elements pratiques de procédure civile et modèles d'actes*, Bruylant, Bruxelles, 1993¹⁰, p. 131.

309. Tampoco deben olvidarse precedentes latinoamericanos, como el colombiano que expone Hernando DEVIS ECHANDÍA en su *Compendio de Derecho Procesal*, II, ABC, Buenos Aires, 1969, pp. 355 y s.

consignación de sumas suficientes para asegurar la remuneración, pues repugna al perito trabajar bajo la incerteza del impago³¹⁰. Y el artículo 269 NCPC prevé la provisión desde el nombramiento, en aras a la remuneración definitiva en el plazo que el juez establezca, con indicación de la proporción correspondiente a cada uno de los eventualmente varios litigantes designantes de ese perito. Ahora bien, en ese mismo Derecho el juez puede obligar al experto a emprender inmediatamente sus operaciones cuando aparezca un riesgo de pérdida de la prueba³¹¹.

Ya desde la Exposición de motivos de la LEC se puso de manifiesto la enjundia práctica del problema económico subyacente al peritaje, si bien orientándolo privadamente, esto es, en cuanto al interés del experto en el cobro de su labor. En efecto, el abono anticipado o satisfactivo, más que meramente asegurativo, justificó la provisión de fondos como condicionante a la realización del trabajo requerido, a cuenta de la liquidación final (artículo 342.2 LEC). El adelanto deberá satisfacerlo la parte proponente o, en su caso, todo litigante que de común acuerdo haya interesado la práctica del peritaje.

3. Tachada de defectuosa, se ha considerado que la regulación de la provisión de fondos del perito “puede contribuir a una posible pérdida de eficacia de la prueba”³¹². Pero a no ser que se eludan los mecanismos ofrecidos para corregir riesgos que, ciertamente, resultan alertados, la situación no es tan catastrófica como parece.

310. Véase sobre esta problemática, antes de la mencionada reforma, F. THORIN, “Sanction du défaut de consignation de la provision d’honoraires fixée par une décision ordonnant expertise”, *Gazette du Palais*, 1979, nº 2, pp. 272 y ss.

311. Jacques HÉRON, *Droit...*, cit., p. 847.

312. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba...”, cit., p. 292. Llama la atención cómo reitera el autor el dato de la posibilidad (“puede”, “posible”), que en todo caso sería indirecta, pues al mencionar “contribuir” se impone coincidir con otras causas.

II. Los protagonistas

1. En el artículo 342 LEC no se distingue al mencionar “perito designado”, si bien parece eludirse la contratación extraprocesal del experto, donde no habrá una aceptación y nombramiento explícito regulados ante el juzgador, ni tampoco una posible solicitud de provisión de fondos por cuanto ésta es viable en un plazo de tres días a contar desde el nombramiento (expreso). De otro lado, los llamamientos de peritos designados, que en general lo serán a través de las listas colegiales anualmente entregadas en los juzgados, promueven la idea del no rechazo; no en vano se encuentran voluntariamente incluidos en tales listas y debe presumirse su tendencia a aceptar el cargo luego de recibir la oportuna designación. Se intuye que los mismos se colocarán en una situación de especial deber para con el juez al que auxiliarán, lo que comporta que sólo la causa justa permita su excusa y que la razón de abstención, a formular tan pronto sea conocida, se asemeje a la de jueces y magistrados.

Para algunos autores, desde que el perito es nombrado pasa a desempeñar una función pública con una serie de obligaciones derivadas de las normas procesales. No desmerece las consecuencias jurídicas características de un arrendamiento de su quehacer por el que percibirá honorarios y bajo el que podrá reclamarse responsabilidad civil contractual³¹³. En este sentido, se considera que el perito designado por la parte muestra un ligamen (arrendaticio o similar) sometido al Código Civil, aunque también bajo una condición legal especial (la del artículo 335.2 LEC)³¹⁴.

Repasando los distintos regímenes jurídicos que acaso estarían implicados, se observa que en el contrato de mandato, el mandatario dispone de una facultad económica similar a la provisión de fondos (artículo 1728 CC).

2. El principal derecho del perito reside en el cobro de emolumentos por los servicios que preste. Se trataría de derechos arancelarios en el menor número de los casos, que serían los normados por cole-

313. José María RIFÁ SOLER “Del dictamen...”, cit., p. 1.608.

314. Jaime GUASP DELGADO y Pedro ARAGONESES ALONSO, *Derecho...*, cit., p. 409.

gios profesionales para el caso de máximos³¹⁵; si bien normalmente hablaremos de honorarios bajo la libre determinación del experto.

Recuérdese, a su vez, que el perito no podría basarse en normas colegiales sin más, ya que tampoco es admisible en contratos particulares.

Pero como es una retribución económica inevitable a modo de contraprestación a la relación jurídica de naturaleza pública que ha sido creada, ya de antiguo se consideró que tanto el deber del perito como sus derechos frente a las partes y el juez se alejan del carácter contractual una vez es nombrado judicialmente en el cargo³¹⁶.

El particular no evita la reclamación *inter privatos* ni por contra permite la legitimación del experto en la reclamación intraprocesal a través de una ejecución singular de las costas procesales que le sean relativas.

Efectivamente, en puridad la obligación de pago del honorario pericial no depende sin más de la previa existencia de un mandato o de un arrendamiento, de servicios por ejemplo, sino que se deduce impuesta por el ordenamiento jurídico³¹⁷. Ahora bien, este dato procesal no suprime el desempeño profesional del especialista, ni elimina sus otras vías de cobro directamente ancladas en la vertiente privada, también para el perito designado judicialmente. En efecto, antes de la finalización del proceso puede el profesional reclamar sus honorarios a quien causare su intervención en el proceso, pero deberá hacerlo fuera de éste, cuando acaso un incidente habría acortado trámites y, por supuesto, evitando al acreedor costes económicos que no sería insólito superasen la cantidad reclamada.

3. El deber del perito, sin distinción alguna según provenga de un tipo u otro de designación, radica en respetar las reglas de su profesión y responder al encargo con puntualidad, corrección, objetividad e imparcialidad, manifestándose formalmente sobre los elementos bási-

315. Juan MONTERO AROCA y José FLORS MATÍES, *Tratado...*, cit., p. 1.674.

316. En este sentido, Jaime GUASP DELGADO, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, II, vol. I, 2ª parte, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947, pp. 638 y ss.

317. *Sic* STS de 15 de marzo de 1985 (Ar. 1166).

cos de su función tal y como requiere el artículo 335.2 LEC, sin olvidar el deber de comparecencia bajo sanción (artículo 292.1 LEC).

En este sentido suele establecerse que correlativamente a sus derechos, en particular el retributivo, aparte los deberes expuestos se anudan las responsabilidades disciplinarias (artículos 193 y 194 LOPJ, reglas colegiales al margen), penales y civiles, éstas bajo las reglas contractuales o según el artículo 1902 CC y la responsabilidad civil extracontractual³¹⁸.

La extracontractualidad aparece con la designación judicial, pero cuando se trata de un vínculo extrajudicial subyace el nexo contractual aun cuando luego de integrado en el proceso el perito disfrute o sufra –según se mire–, de connotaciones públicas³¹⁹.

Concretamente, la culpa aquiliana se muestra harto extraña incluso para el designado judicialmente, que en cualquier momento puede reclamar judicialmente sus honorarios extramuros el proceso. Esto indica una base contractual, el arrendamiento subyacente a la relación jurídico pública de colaboración con la Administración de Justicia, pero nada impide acudir a la base legal del artículo 241.1 LEC. Más clara la inconsistencia cuando se trata de un perito designado por la parte, contratado antes de que se inicie el proceso, aunque normalmente también satisfecho económicamente con anterioridad, al menos en la parte de trabajo que se hubiera hecho.

4. Por último, quizás quepa apuntar que la figura del testigo-perito constituye, sin más, un medio de prueba testifical. No teniendo que informar/dictaminar en el sentido que lo hace el experto, sino al tiempo de testificar sobre hechos directamente apreciados, huelga la lógica de una provisión de fondos que previamente pudiera exigir, por mucho que el legislador tienda al perito, y no al testigo, cuando refiere las tachas que proceden en tales casos (artículo 370.4 LEC). Esto sólo tiene sentido en cuanto a la porción de intervención referida a la ciencia, técnica o arte, no a la básicamente testimonial, huérfana de las tachas que en puridad le corresponderían, si bien la enorme extensión de unas y otras acaba por convertir en irrelevante la cuestión.

318. Cfr. Juan MONTERO AROCA y José FLORS MATÍES, *Tratado...*, cit., p. 1.225.

319. Cfr. Capítulo Tercero, epígrafe V.

De todos modos, el testigo-perito no deja de ofrecer una actividad experta que supera la mera descripción de los hechos presenciados. Un quehacer que, en definitiva, supone adentrarnos en su faceta profesional y, como tal, bien merecería una consideración adicional desde el punto de vista económico en el capítulo indemnizatorio del testigo.

III. Procedencia de la provisión

1. Cualquier perito designado judicialmente tiene derecho a solicitar provisión de fondos desde que es nombrado y por un plazo de tres días. En principio no existe provisión de fondos para el experto designado por la parte que elabora un dictamen acompañado a la demanda o a la contestación. La razón parece obvia: ya habrá efectuado el trabajo que justifica la anticipación de su coste cuando el proceso da comienzo. En el fondo, privadamente el experto habrá podido exigir una provisión o, incluso, el pago total anticipado o a la entrega de su trabajo, bajo la regla puramente comercial de no aceptar el encargo, sin más, caso que el cliente no obedezca sus condiciones, amparadas en la libre autonomía de la voluntad negocial. En fin, si la parte no atiende a sus demandas, el experto rechazará el trabajo. El dictamen de ese profesional nunca podrá incorporarse al proceso.

En el supuesto de no aportar el dictamen con la demanda o con la contestación, la parte deberá expresar el peritaje del que pretenda valerse y los motivos que excusan el retraso (artículo 336.3 y 4 LEC), a fin de que cuando disponga del mismo se aporte para traslado a la contraparte, siempre antes de la audiencia previa si estamos en sede de juicio ordinario, o antes/durante la vista en el juicio verbal (actor y demandado respectivamente).

2. Hasta aquí no se ha llegado a proponer como medio de prueba ningún peritaje, simplemente se llevan a cabo los prolegómenos que lo permitirían. E igual que no es aplicable el régimen de provisión de fondos para bien del perito que ya actuó y elaboró un dictamen para ser acompañado con el escrito de la demanda o la contestación, tam-

poco el advertido dictamen de entrega diferida podrá contar con una provisión de fondos diligenciada intraprocesalmente.

Pero nada impide que tras delimitar el objeto del proceso y planteados los medios de prueba, las alegaciones complementarias o consecuentes con novedades fácticas de la contraparte permitan acudir una vez más al perito para realización de otros trabajos, momento en el cual quizás hubiera sido conveniente admitir de nuevo –aunque por primera vez para el experto– el derecho a percibir una provisión de fondos. O la exención de la tarea, lo que equivale a ofrecer a ese profesional la libertad de que gozaba en su ámbito privado para asumir o no riesgos económicos por efectuar trabajos sin cobro anticipado.

Otra cuestión es que el legislador convierta la cuestión económica en determinante para preclusión de la necesidad probatoria del justiciable, debate que pertenece a otro ámbito de discusión³²⁰.

En este caso no habría distingos entre el perito designado por la parte y el designado judicialmente a instancia de parte, que *lege data* sólo tiene derecho a la provisión económica en un momento inicial.

IV. En particular, la comparecencia en juicio

1. La presencia del perito en la vista del juicio puede suponer, también, un desgaste económico digno de mención, aunque sólo sea por el lucro cesante del tiempo invertido en acudir al juzgado y permanecer en él. Mas ante ese particular y teniendo en cuenta que el trabajo profesional reflejado en el dictamen suele configurar el grueso de su

320. Sobre la preclusión baste decir que los plazos para la realización de actos o actuaciones procesales se pueden distinguir en propios, si afectan a las partes y su incumplimiento impide –como regla general– la realización extemporánea del acto procesal. E impropio, si afectan al órgano judicial y no impiden el cumplimiento tardío, básicamente en función de la prohibición de *non liquet* –ordenada a la tarea del juez–, sin perjuicio de la por lo general utópica responsabilidad disciplinaria por la demora.

minuta, materialmente no parece adecuado atender a una provisión de fondos dirigida a asegurar su presencia o eximirle de comparecer. Desaparece aquí la justificación sustantiva y se consolida la obligación de asistir, equivalente a la del testigo citado en forma con los oportunos apercebimientos, por mucho que este último tenga derecho a ser indemnizado por perjuicios y a percibir los gastos de desplazamiento que se generen.

En este sentido, la obligación de comparecencia es genérica al amparo del artículo 292 LEC. Totalmente excepcional resulta la vía del auxilio judicial³²¹, para el supuesto de imposible asistencia por razones personales que impidan o dificulten el desplazamiento, o por si media-re un exceso de distancias u obstáculos en el transporte que imposibilite o haga excesivamente gravosa la meritada comparecencia.

La videoconferencia es un mecanismo que puede resolver el problema en el ámbito de la práctica de la prueba, sin que la falta de presencia física permita rechazar el sentido de la intermediación judicial cuando el traslado del tribunal puede resultar mucho más costoso.

2. La solicitud de cualquier litigante o la decisión judicial sobre la comparecencia del experto no se limita a una concreta clase de peritaje sino que procede con respecto a cualquiera de los peritos actuantes en la causa.

Solicitar que el perito acuda a juicio para ratificar puede esquivarse si cuando se entrega el dictamen personalmente, o en otro momento anterior a la vista y de comodidad para el experto, éste se afirme y ratifique en su trabajo. Se evitarían engorrosas esperas, suspensiones de las vistas y, en todo caso, un mayor coste de su actuación que repercutirá en los justiciables o en la Administración de Justicia. Si se pretende que el perito aclare o resuelva dudas sobre su informe deberá asistir a la vista precisamente para ello, no a efectos de que el letrado interesado subraye a su través aquellos extremos fundamentales que ya constan sin ambigüedad por escrito, como un modo de conseguir que el juzgador oiga lo que le conviene a una u otra parte, en

321. Artículo 169.4.2 LEC; en igual sentido Joan PICÓ JUNOY, “Artículo 335 a 352”, cit., p. 1.912.

tanto el juez debe examinar el informe por sí mismo –de hecho antes de la vista–, quien también podría necesitar de la presencia de su auxiliar experto aunque ninguno de los litigantes lo considerase oportuno. De ahí que deba criticarse el contenido del artículo 347.1 LEC cuando refiere a la “exposición” del dictamen, pues una exposición sin aditamentos aclaratorios ya se consigue en la forma escrita y sólo precisa que los letrados y el juzgador sepan leer.

V. Régimen procedimental

V.1 Momento y plazo para solicitar provisión de fondos

1. Cuando tenga lugar el nombramiento se informará al perito del objeto del peritaje y el tiempo en que debe elaborar su informe o dictamen o su intervención experta oral (por ejemplo en la vista o junto con un reconocimiento judicial). Esto hace extraño que antes de conocer esos extremos tenga que haber manifestado su aceptación, relativizando ambos aspectos como razón para negarse. En cualquier caso y en lo que ahora interesa, se permite perfectamente establecer la antelación de fondos necesarios, a cuenta de la liquidación final.

2. La solicitud de provisión de fondos regulada en el artículo 342.3 LEC ha sido catalogada de “particularmente desafortunada” en tanto concebida en un marco probatorio excesivamente privatista³²². Sabemos que esta crítica puede apoyarse en que es el órgano jurisdiccional el principal interesado en obtener auxilio pericial para poder sentenciar correctamente, dando por supuesto que se respetaron las reglas de juego básicas en un proceso civil dispositivo, en especial la aportación de parte de los medios de prueba.

3. De otro lado, pedir una provisión de fondos es tarea exclusiva del perito designado, que puede acudir al juzgado directamente o redactar un escrito en el que la solicite, justificándola en la medida que le

322. Por todos, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba...”, cit., p. 319.

sea posible. Ni en la comparecencia que se generará con su presencia al juzgado, ni con la presentación del aludido escrito, será necesaria postulación procesal a través de abogado y procurador.

La provisión sólo cabe una vez el peritaje se ha admitido como medio de prueba en el proceso concreto, lo que confirma la instancia de parte y encaja fácilmente con la atribución a ésta, en principio, del coste anticipado que el juzgador acuerde aprobar. Si transcurre el plazo de tres días para peticionar la provisión de fondos, sólo hasta el momento último en que se entregue el dictamen no presentará el perito la cuenta líquida y definitiva de sus honorarios como profesional.

3. Algunos autores observan la posibilidad de eludir la preclusión del plazo propio antes dicho, en consideración a un cambio de circunstancias que, por extraordinario, permita al perito solicitar extemporáneamente esa provisión de fondos –o una nueva–, acaso por resultar patente una complejidad del trabajo inicialmente inadvertida³²³. La reducción legal es estricta al establecer el plazo, acomodado al denominado propio (con preclusión) y no al impropio (característico de los jueces). Y a nadie escapa que si concibiéramos el peritaje como una actividad integrativa de la del juez, podría disponerse de oficio de ese peritaje sin impedir a la parte solicitarlo³²⁴. Y si no se tratase de una prueba tampoco existiría la barrera preclusiva (al menos) como con el resto de medios de prueba a instancia de parte³²⁵.

4. Si el perito no respeta los requisitos mínimos de su solicitud, la misma no será atendida o se verá rechazada. El primer caso tendría lugar, por ejemplo, si la petición de provisión se efectúa por teléfono. Si esto ocurre se advertirá al experto sobre la necesidad de presentar un escrito de un mínimo contenido o actuar verbalmente pero con presencia en la Oficina judicial, advirtiéndole, en su caso, del tiempo que le resta para efectuar la solicitud de provisión. Transcurrido el plazo establecido por la ley decaerá el derecho de provisión. El segundo supuesto haría referencia a la presentación de un escrito incompleto, o a una

323. Joan PICÓ JUNOY, “Art. 335 a 352”, cit., p. 1.902. En sentido contrario José María RIFÁ SOLER, “El dictamen...”, cit., p. 1609, nota núm. 2.

324. Sic Crisanto MANDRIOLI, *Diritto...*, II, cit., p. 203.

325. Como sostiene el autor antecitado; v. su *Diritto...*, II, cit., p. 204.

comparecencia sin alegar lo mínimamente exigible, por ejemplo sin justificar en absoluto la cuantía peticionada. No se trataría, pues, de corregir el *quantum* solicitado, sino en entender que, o bien no se ha efectuado en forma la oportuna solicitud, o bien la efectuada es incorrecta y no puede dar lugar a una resolución favorable en ningún sentido.

V.2. Comentarios a la cuantía de la provisión y la diversidad de supuestos

1. La cantidad de provisión puede prefijarse subjetivamente –por el propio perito–, o pseudobjetivamente –por el juez–. El criterio juzgador puede ajustarse a lo pedido o recortar sobre lo peticionado.

El juez ha venido siendo el sujeto escogido para revisar la determinación del coste en la mayoría de legislaciones de nuestro entorno³²⁶.

Tendrá el apoyo de baremos preestablecidos por el colegio profesional correspondiente, cuando existen aquellos y éste, sin olvidar que el baremo atiende a la labor intrínsecamente considerada más que a la importancia del juicio desde la perspectiva económica, la dificultad y la duración de la pericia, la categoría profesional del experto y otros extremos adicionales que podrían resultar de interés para este último. Son los baremos un criterio formal puramente igualitario, pues las tarifas fijas preestablecidas al proceso para cada tipo de actuación pericial –que incluso podrían tener en cuenta alguno de los factores que acaban de indicarse a modo de incremento porcentual o cantidad fija adicional– se alejan de criterios sesgados por una discrecionalidad coyuntural del juzgador. A través de Decretos u Órdenes ministeriales se plasmaría anualmente y por vía administrativa la regulación específica por cada concepto de interés, abarcando la indemnización por el tiempo facturado, el resarcimiento por los gastos efectuados y la remuneración por la tarea realizada. A los dos primeros aspectos se hace

326. Cfr. BELLET, *L'expertise...*, cit., p. 74; quien coincide con la idea del experto como auxiliar del juez y éste como sujeto más indicado para valorar la remuneración justa, si bien difícilmente sabrá de la duración del trabajo o de lo que privadamente puede cobrar el profesional.

referencia en el artículo 39.1 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, que encuentra antecedentes en el Derecho alemán³²⁷.

Los extremos contenidos en el citado precepto son: a) Tiempo previsto para la realización de la pericia y valoración del coste por hora; b) Gastos necesarios para su realización; y c) Copia de la resolución judicial que dio lugar a la realización de la prueba.

2. También deben recordarse, en este sentido, las consecuencias sancionadoras que para el perito tienen lugar en caso de que el experto se retrase en su encargo³²⁸. Ante ello se ha defendido impedir la reinscripción en las listas oficiales de peritos³²⁹, así como rebajar la remuneración por entrega tardía del informe o dictamen solicitado o por presentar un trabajo insuficiente³³⁰.

Pero conviene recordar que la reforma operada en Francia por el decreto 98-1231, de 28 de diciembre de 1998, no precisó qué causas pueden minorar el beneficio económico del experto. En el Derecho belga la situación es similar, sancionando con reducción de honorarios por negligencia en el quehacer o en indemnizar por retraso perjudicial para las partes³³¹.

La intención dilatoria respecto a la presencia del perito –que obviamente no se presume– implicaría la condena por los daños e intereses provocados³³².

327. Artículo 43 ZPO; v. desde hace tiempo Adolf SCHONKE, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1950, p. 236. Cfr. Adolf BAUMBACH, Wolfgang LAUTERBACH, Jan ALBERS y Peter HARTMANN, *Zivilprozeßordnung*, cit., pp. 135 y s.; Heinz THOMAS y Hans PUTZO, *Zivilprozeßordnung*, cit., pp. 99 y s.; Richard ZÖLLER et. al., *Zivilprozeßordnung*, cit., pp. 172 y s.

328. Cfr. *supra* Capítulo Tercero, epígrafe IV.

329. Así Soraya AMRANI-MEKKI, *Le temps...*, cit., p. 225, anotando a H. Solus y M. R. Perrot (nota núm. 3).

330. Soraya AMRANI-MEKKI, *Le temps...*, cit., p. 225, anotando a J. M. Coulon (nota núm. 4).

331. Cléo LECLERCG, *Elements...*, cit., p. 133.

332. Soraya AMRANI-MEKKI, *Le temps...*, cit., p. 230.

3. En países como Francia, donde la competencia judicial se divide entre dos jueces, en un momento inicial es difícil saber cuánto costará todo el peritaje a practicar, por lo que no es viable hacerlo hasta que el juez encargado de controlarlo adquiera competencia. De ahí que en esas situaciones no sea sólo el juez que ha decidido la necesidad del experto el también competente para fijar la provisión³³³. En nuestro país no existe tal duplicidad –ni la asimilada en la segunda instancia–, desapareciendo la complejidad señalada. De otra parte, a diferencia de lo que ocurría con la legislación derogada ya no cabe apreciar como causa para no aceptar, aducir la falta de percepción de honorarios, al menos hasta que se produjese la liquidación de costas.

4. Cabe pensar que el perito decida solicitar una cantidad desmesurada para eludir el trabajo que se le ofrece, a sabiendas que no se le proveerá y dispondrá de la ejecución. En principio, esta opción parece extraña para alguien que voluntariamente se ha incluido en una lista de expertos de un determinado colegio profesional, agrupación o asociación equivalente, sin olvidar que el juzgador puede reducir la provisión solicitada por considerarla excesiva, sin previa audiencia del experto.

En Francia, por el contrario, cuando el juez reduce la cantidad pedida por el experto, habrá oído de éste las observaciones que tenga a bien exponer³³⁴.

No obstante, nada impide que el profesional sea reclamado sin encontrarse en ninguna lista colegial, o que siquiera se trate de una pericia ubicada en el ámbito de colegio profesional alguno. Incluso que habiendo acudido voluntariamente al listado del colegio, conocida la tarea concreta no le agrade en absoluto. En el primer supuesto acaso perdería fuerza la obligación genérica de colaboración, en rela-

333. Henry SOLUS y Roger PERROT, *Droit...*, cit., p. 825.

334. V. Jacques HÉRON, *Droit...*, cit., p. 848. El sistema anglosajón descarga sobre el litigante; v. Neil ANDREWS, *English Civil Procedure. Fundamental of the new civil justice system*, Oxford University Press, New York, 2003, pp. 823 y ss. Sobre el coste de la justicia civil en Gran Bretaña véase Adrian A. S. ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1999.

ción con aquellos expertos que cada año deciden incluirse en las opciones del trabajo en los juzgados.

Pero en todos se aprecia el problema del recorte juzgador sobre la cuantía reclamada como provisión, pues no parece lógico adelantar lo que con posterioridad configuraría parte de una tasación de costas –función, no se olvide, del secretario judicial–, que además no tendría lugar en todos los casos sino sólo cuando se haya dictado condena en costas.

5. De otro lado, parece que la participación del experto en los quehaceres judiciales debería ubicarle en un rasero económico igualitario, por lo que no ha lugar mencionar el mayor o menor prestigio del experto –si se quiere su caché profesional–, para reclamar una mayor o menor retribución. Se trataría, en esos casos, de una especie de “altruismo” institucionalizado, decisión propia y personal en el sentido de asumir que la oferta de participación voluntaria como perito conlleva tal demérito económico.

De nuevo se separa de este último razonamiento el experto que es llamado aun cuando no se hubiera incluido voluntariamente en la lista colegial respectiva, lo que podría ocurrir dada una especialidad particularmente rara, de la que no haya expertos incluidos en la meritada lista. O bien que se trate de una pericia de índole práctica sin reflejo en titulación oficial y, por ende, sin colegio profesional alguno. Igualmente separado, aunque esta vez sin generar problema alguno en lo que ahora interesa, estaría la contratación privada del experto, a modo de trabajo extraprocesal, por ejemplo a fin de valorar el éxito de un pleito o de incorporar su dictamen al escrito inicial de una demanda. En estos casos el profesional será perfectamente libre para solicitar la cantidad que considere oportuna, sea anticipada sea a la entrega de la tarea contratada, bajo el marco de la contratación privada y amparada en la libre autonomía de la voluntad. Es independiente que proceda, *a posteriori*, una valoración económica a efectos de sentencia con condena en costas.

6. Si la minuta del perito naciera de una intervención pericial tasadora, proporcionar los honorarios de aquél según el valor del bien, significaría construir un pago de tipo arancelario, negado por

el concepto de “honorarios”. A su vez, el pacto de cuota litis se encuentra prohibido como mecanismo de determinación de honorarios de los abogados, por lo que no parece de recibo aceptarlo para el perito a modo de proporción entre sus emolumentos y la cuantía del procedimiento o el beneficio provocado con su intervención en el proceso, que se observaría repasando la fundamentación fáctica de la sentencia dictada –no tanto el fallo, como bastaría para el pago a un letrado–.

V.3. La motivación de la solicitud.

1. Sobre la solicitud de provisión conviene que quede constancia documental de todo concepto al que alcanza el anticipo, con independencia del ajuste, también pormenorizado, luego procedente al minutar para obtener la liquidación final. No es preciso, pues, acompañarse minuta provisional con la solicitud dirigida al juzgador.

La minuta funciona como una factura al detalle de todo medio y actividad realizados, más impuestos indirectos (IVA) y retención por tributos directos (IRPF). Las precisiones en la provisión pueden ser los conceptos a satisfacer, con menciones más generalizadas, sin olvidar la distinción entre suplidos y minuta de honorarios. Como es sabido, los primeros consisten en gastos necesarios para poder emitir el dictamen y se generan antes o durante el mismo; los segundos se devengan, y en sentido propio se cobran, una vez emitido el dictamen.

En sentido estricto son suplidos los gastos efectuados en nombre del cliente y a su costa, sin sometimiento al IRPF y, de ese modo, imposible de practicar sobre ellos retención a cuenta. Se diferencian de los gastos a realizar para llevar a cabo el cometido pericial, tales como desplazamientos, comunicaciones o dietas alimenticias.

2. La provisión de fondos debería establecerse en función de los gastos iniciales indispensables para afrontar con garantías el encargo pericial encomendado, sin incidir en el puro concepto de honorario profesional³³⁵. De ese modo se entiende la necesidad de motivar la

solicitud de provisión³³⁶: trabajos requeridos, materiales empleados, tiempo de intervención, plazo para la emisión de informe y, en su caso, asistencia a juicio y todo lo que ello pueda conllevar.

De todos modos, es esa impresión intuitiva la que alerta sobre eventuales excesos, recolocando la cuestión en un conflicto de límites difícilmente objetivable en casos no extremos. Así las cosas opera la necesidad de reducción –otra cuestión fijar su cuantía– cuando la petición sea desmesurada a primera vista, resultando oportuno requerir entonces explicación al experto. Cuando esta explicación no tenga lugar, sea insuficiente o resulte incompleta, parece sencillo justificar la necesidad de minoración.

3. Debemos admitir que el experto, una vez requerido a que explique o justifique la razón de la cuantía solicitada, debe saber que al fin del proceso tendrá lugar su minutación definitiva, que puede tasarse e impugnarse con la ayuda de criterios superiores a los meramente subjetivos. El dato alienta a pensar en una voluntad de actuar correctamente, si bien no evita intentar que la provisión de fondos se convierta en un pago desmesurado, y por ende abusivo, aprovechando el hecho que una exención por falta de provisión de fondos impedirá otra designación pericial y así la prueba pretendida por el interesado.

Sería irrazonable cuando la explicación tenga lugar y venga mínimamente ajustada al sentido real de la provisión para evitar perjuicios inasumibles por el experto. Si no es así la cuantía de la reducción será motivada en proporción al déficit explicativo del experto. La ausencia total de explicación permitirá una drástica reducción económica en tanto habrá dependido de la desidia explicativa del interesado, sin perjuicio que con posterioridad se presente la minuta del servicio efectuado, sometida a impugnación, en su caso, por excesiva o indebida. El límite estará en no impedir cualquier quehacer pericial. Y mientras la finalidad de aprovisionar se entienda como adelanto de las costas

335. En contra de la provisión como anticipo de honorarios, defendiéndola como cobertura de los gastos que previsiblemente hayan de producirse, Miguel LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 232.

336. Vicente SOLER MONFORTE, “Peritos Judiciales: Reacción frente a las provisiones abusivas”, *Economist & Jurist*, febrero 2005, p. 68.

periciales, todo peritaje a practicar requerirá, al menos, la satisfacción económica del profesional, aunque no tenga ningún gasto adicional.

Este tipo de argumentos aconsejan motivar la providencia que reduce la provisión de fondos solicitada, por mucho que este tipo de resolución no lo exija formalmente. Aprobar sin más la cuantía peticionada por providencia inmotivada no impediría que, una vez recurrida en reposición, la resolución del recurso consecuente haya de motivarse, subsanando el déficit no sin haber perjudicado el derecho a ese remedio procesal, por privar al recurrente de motivos contra los que dirigir su ataque.

De hecho existe una innegable regla general. Se trata de la motivación diferida de cualquier resolución judicial cuando fracasa la reposición en contra, lo que obviamente se condiciona a la interposición del recurso y funciona también con las diligencias de ordenación. Incluso en los supuestos de estimación, la decisión inmotivada se reemplazaría por otra sí motivada. Quiebra sin duda la teoría general del recurso que abraza el carácter esencial de la motivación del objeto de la impugnación y, en menor medida, el efecto devolutivo del recurso en sentido estricto³³⁷.

V.4. Las particularidades del recurso de reposición contra la aprobación judicial de la provisión solicitada

1. Como regla general es viable el recurso de reposición frente a la providencia que acepta o reduce la “minuta” de provisión de fondos presentada por el perito, al considerar excesiva la cantidad acordada. En el primer caso recurrirá quien debe abonar la provisión, en el segundo supuesto lo haría el perjudicado (sin gravamen no hay recurso): la parte por sustitución del perito mismo.

2. En nuestro país sólo son legitimados para recurrir los litigantes, mientras que en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno también

337. Cfr. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *El recurso...*, cit., pp. 69 y ss. Planteando críticas a la existencia del remedio v., del mismo, *Derecho...*, cit., pp. 94 y ss.

lo está el experto cuando resulta afectado por una reducción de su provisión³³⁸. Curioso es que, por el contrario, ese perito no recibirá directamente la provisión –aunque las partes puedan pagarle si quieren–, siquiera a título de desembolso³³⁹.

3. Desde la perspectiva del trámite, si se pretende discutir la cuantía de la provisión procede recurrir la providencia que la concede en vez del (posterior) requerimiento de pago, por mucho que en ocasiones se use de aquélla para llevar éste a efecto. Pero es sabido que la reposición no suspende trámites ni existe norma especial que en este caso lo haga, por lo que el propio itinerario de la reposición (traslado a la contraria por 5 días y resolución en igual plazo, artículo 452 LEC) ya supera los cinco días en que debe cumplirse el ingreso de la cuantía determinada como provisión de fondos en la cuenta de consignaciones y depósitos del juzgado.

Ante esta realidad, una opción propia de la corruptela estaría en retrasar el mandamiento de pago al perito en tanto no se resuelva el remedio procesal interpuesto, recordando que esto sólo es factible porque el pago ordenado de la provisión de fondos no se hace directamente a favor del experto.

Pero si el legislador hubiera pretendido esta maniobra no habría ordenado el pago del juzgado al perito. En este sentido, es clara la expresión servida por el legislador a través de la Exposición de Motivos de la LEC (en su apartado XI): se busca ofrecer una “tempestiva remuneración”, no un aseguramiento de la misma. De hecho, cuando un secretario judicial retenga lo consignado como provisión de fondos, el perito podría renunciar o pedir exención. Al amparo de una lectura literal del precepto basta consignar, pero tal cosa no funcionaría como una auténtica provisión de fondos, sino como un mero aseguramiento, a modo de aval; en fin, una medida cautelar que en nada se corresponde con la voluntad legislatora. Sentado lo anterior, la inteligencia del precepto parece radicar en adelantar los medios para que no los aporte (no los sufra) el obligado a colaborar con la Administración de justicia ex artículo 118 CE. Precisamente por tender a eludir el perjui-

338. Henry SOLUS y Roger PERROT, *Droit...*, cit., pp. 795 y ss.

339. Henry SOLUS y Roger PERROT, *Droit...*, cit., p. 796.

cio económico subyacente (de futuro), creemos que la provisión nunca podrá ser un aseguramiento cautelar para postrera satisfacción de honorarios, sino una real anticipación para bien de ese perito, medida satisfactiva que se opone a la tradicional naturaleza cautelar. De no producirse, tampoco se cumpliría la auténtica finalidad de la provisión de fondos, lo que se demuestra con la consecuencia ofrecida al perito y no al juzgador: negarse legítimamente a peritar sin antes percibir lo que le corresponde o pasar directamente a la exención.

4. La primera opción es la oportuna desde el momento en que la parte obligada a consignar lo haya hecho y la entrega de la cantidad se debe al juzgado, sin perjuicio de que mientras la misma no se disponga por el experto, éste puede limitarse a esperar. Al tiempo, la dilación generada es obviamente indebida porque no se apoya en ningún proceder legítimo, siendo responsable último (y único) el juzgador que admita la retención. De otro lado, tampoco puede depender del perito en cuanto a recoger lo consignado, por lo que desde que se encuentra a su efectiva disposición –retire o no la cantidad provisionada– cualquier retraso en la tarea pericial resultará imputable al experto.

Hay autores que proponen la interposición del recurso de reposición por considerar abusiva la provisión solicitada y judicialmente acordada, consignando de todos modos la cantidad requerida a modo de medida cautelar³⁴⁰. A nuestro entender el particular adolece nuevamente de un error de concepto, pues la provisión no cumple con una cautela de ningún tipo, sino con una consignación para pago (anticipado), por mucho que quepa ulterior liquidación. La finalidad del legislador reside en asegurar la retribución económica del experto, pero desde un planteamiento abiertamente satisfactivo. De lo contrario sería suficiente el depósito de la cantidad requerida o garantizar de otro modo la solvencia del futuro pagador, todo ello bajo las reglas de la teoría cautelar, presuponiendo la apariencia jurídica y analizando *ad casum* el peligro o riesgo de impago posterior.

5. Otra alternativa estaría en requerir al experto la devolución del exceso que proceda, en su caso, de la estimación del recurso de reposición. Surge entonces el problema cuando el perito acredita que ya

340. Vicente SOLER MONFORTE, “Peritos...”, cit., p. 68.

gastó el anticipo, por ejemplo en una batería de ensayos o pruebas científicas propias de su labor.

No obstante, como lo recibido era legítimo y se gastó antes de conocer la modificación, el eventual ajuste vendría dado por la liquidación final (y devolución voluntaria del exceso) o, en su caso, trámite impugnativo (por excesivo o indebido).

Y cuando la reposición se dirija contra la decisión judicial de reducir, el perito cobrará la cantidad resuelta y luego, caso de reponerse la providencia que la determinó, elevando con ella aquella cuantía, recibirá el resto. No tendrá derecho a que mientras tanto paralice su trabajo pericial, por mucho que el tiempo en que se cerrará este proceder no deberá ser representativo y el perito podrá justificar perfectamente una “lentitud” en su trabajo que le permitirá esperar para no cubrir él, sino la provisión, los gastos que su tarea devengue.

6. Podría plantearse que las partes tuviesen traslado de la minuta y se manifestasen antes de que el juez decida, precisamente para que su decisión resulte ajustada. El particular no impediría el recurso de reposición si el legislador no lo prohíbe expresamente, prohibición que parecería un exceso por cuanto siempre pudiera justificarse la necesidad de recurrir, aunque fuese por otras razones. Pero tampoco parece propicio, sino excesivamente alambicado, pretender limitar la reposición (tasar sus motivos) en causas ajenas a pretensiones impugnatorias basadas en ese tipo de contenido disconforme con las minutas. De otro lado se alargaría el tiempo para dictar la providencia que acuerde sobre la cuantía a provisionar y, de ese modo, se dilataría tanto el inicio del peritaje como el proceso todo.

Debe quedar claro que el recurso de reposición carece de efecto suspensivo, por lo que tampoco cabe defender que el recurrente que pierde la reposición renuncie al medio probatorio propuesto no consignando lo requerido³⁴¹. Durante la tramitación de su recurso habrá vencido el plazo para consignar y la viabilidad del peritaje se trasladará por entero al profesional convocado en virtud de su derecho de exención.

341. Miguel LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 233.

VI. La atribución del coste anticipado o definitivo

VI.1. Palabras previas

1. Desde hace tiempo se defendió que los honorarios periciales debían proporcionarse a la cuantía del proceso y satisfacerse por el Estado con cargo en cuentas especiales, que se nutrirían de las aportaciones de los litigantes ajustadas a la cuantía del proceso, devengada por la mera solicitud de la prueba pericial³⁴².

2. Debe anotarse cómo el pago a través del Juzgado separa al perito de las partes en el abono adelantado de los honorarios, previsión legal que incide de nuevo en el carácter predominantemente auxiliar de este medio de prueba y en la idea de que se trata de una relación jurídica de naturaleza pública³⁴³. No deja de ser, sin embargo, una constructa formal, característica de una relación de trabajo que por economía de trámites y rapidez vincula al perito directamente con el juzgado, eludiendo pasar por las manos del procurador (y letrado) del litigante.

3. Otra perspectiva es valorar la cualidad del trabajo realizado, la seriedad de lo que hiciera y la celeridad en cumplir su misión, todo lo cual puede sumar una cantidad inferior a la consignada en principio, extremo que tiene lugar en el proceso civil francés y ha sido criticado por los expertos galos³⁴⁴. Consideran estos que con tal planteamiento se genera una presión suplementaria incompatible con la serenidad necesaria requerida para cumplir su difícil misión³⁴⁵. Sin embargo, despreocuparse de lo que el perito acaba haciendo efectivamente, supondría una absoluta falta de control *ex post* de la cuestión económica y es de todo punto rechazable.

342. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, "Notas sobre la situación actual de la Administración de Justicia en el ámbito procesal civil", *Justicia*, 1985-I, pp. 7 y ss.

343. Sobre la evitación del contacto directo entre el perito y la parte v. Boletín Oficial de las Cortes Generales (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados), 27 de julio de 1999, pp. 21.384 y 21.391.

344. Jacques HÉRON, *Droit...*, cit., p. 848, nota núm. 195.

345. Una vez más –afirma Jacques HÉRON– son todos los miembros de un grupo que soportan las consecuencias de los errores de unos pocos; v. su *Droit...*, cit., p. 848.

VI.2. En particular, la imputación en los supuestos de aclaración y ampliación del peritaje

1. Una aproximación inicial permitiría concluir que paga quien requiere la ampliación ex artículo 427.2 ó 347.1.4º (respectivamente juicio ordinario y vista), con base en los artículos 241.1 y 339.2 LEC³⁴⁶.

Pero el legislador ha mantenido silencio sobre el eventual coste de las aclaraciones o las ampliaciones del peritaje. Es cierto que, en cuanto a las primeras, no suele incrementarse el trabajo real y, en puridad, o son innecesariamente planteadas –el informe se explica sólo y su autor básicamente reiterará con otras palabras– o son correctamente presentadas mostrando que el perito no fue lo necesariamente claro en su labor, lo que sólo debiera correr a su cargo si el particular le supone un mayor coste –por ejemplo del tiempo empleado en acudir a la vista o estar en ella–. La ampliación constituye, por sí misma, un peritaje en sentido propio, acaso más sencillo por cuanto se parte de una labor ya realizada y suele actuar el mismo experto; pero no deja de suponer más trabajo³⁴⁷, retribuable incluso cuando el perito pueda desarrollar la ampliación pretendida sin necesidad de interrumpir la vista.

2. La ampliación, por otro lado, participa de las reglas de aportación de parte en procesos dispositivos, lo que impide al tribunal acordar por sí la ampliación del objeto del dictamen, de ahí la prohibición prevista en el artículo 347.2 LEC que redundaba en la consideración del peritaje como medio de prueba. Para algunos autores, los gastos de una ampliación realizada por el mismo perito resultarían a cargo de la parte designante, no del proponente de la ampliación³⁴⁸. En contra se considera la asunción del nombramiento por la parte no designante interesada en que el peritaje se amplíe³⁴⁹.

Imagínese que las partes litigantes no requieren la presencia de ningún experto aun cuando éste ya intervino confeccionando un

346. Con apoyo en la SAP Asturias de 12 de diciembre de 2002: Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba...”, cit., p. 131.

347. Así Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba...”, cit., p. 318.

348. Sic Lluís MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos...*, cit., p. 339.

349. SAP Madrid de 2 de julio de 1998 (AC 5829).

informe incorporado a los autos junto con la demanda o la contestación. Cuando se admitió como medio de prueba pero nadie –juez incluido– entendió necesaria la presencia del perito en la vista, o se consideró en un primer momento pero tras incomparecer el experto, decidieron las partes que sería inoportuno solicitar la interrupción del acto, posponer la continuidad del juicio aumentaría sin ningún sentido tanto su coste como el tiempo del proceso.

Si la razón de la presencia del perito en el juicio radica exclusivamente en la voluntad del juez, de nuevo podría someterse a debate que sea el erario público el que satisfaga ese coste adicional.

3. Desde la perspectiva estrictamente económica destaca la prohibición de que el juez amplíe de oficio el peritaje ya practicado en un proceso civil dispositivo. La base dogmática quizá resida en el principio de aportación de parte, pero no deja de advertirse una consecuencia económica vinculada a la idea de que serán las partes, y no el juzgador, los pagadores de las costas procesales, bien todas por iguales bien por completo a cargo del condenado en costas. Si los litigantes no han considerado oportuna la dicha ampliación, no parece de recibo la iniciativa probatoria judicial.

Considera Serra Domínguez que el particular es incomprensible, dado que el artículo 347.2 LEC faculta al juzgador para preguntar y requerir explicaciones³⁵⁰. A nuestro modo de ver la ampliación del peritaje es en sí misma un puro peritaje adicional y no mera explicación del ya efectuado, por eso debe acatarse la prohibición expresa eludiendo equivocados voluntarismos de juzgadores ajenos al sentido último del imperio de la ley y la separación de poderes³⁵¹.

En cualquier caso, de permitirse habría que plantear atribuir a la Administración de justicia el coste adicional generado.

4. Cuando la ampliación no puede llevarse a cabo en el mismo momento de la vista que se solicita y se interrumpe, la reanudación deberá tener lugar en un plazo de veinte días hábiles para no perder

350. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba...”, cit., p. 315.

351. Cfr. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, “Ampliación...”, cit.

la eficacia de lo actuado (artículo 193 LEC)³⁵². Al menos aunque sólo fuese para dejar la causa vista para sentencia y abrir la hipótesis de la ampliación del dictamen como diligencia final según el artículo 435.2 LEC, evitando de ese modo tener que repetir otras pruebas ya practicadas. En caso de postergar la ampliación a una continuación de la vista, o a una diligencia final, no parece formalmente viable una nueva provisión de fondos, pues no se recoge tras los tres días posteriores al nombramiento (artículo 342.3 LEC), más que superados. En nada se impide, sin embargo, que los honorarios inicialmente generados se incrementen por las nuevas labores desempeñadas. *Lege ferenda* no sería descabellado un resurgir del derecho de provisión de fondos, pues ampliar el peritaje no deja de constituir una nueva actividad pericial.

Asimismo, se ha manifestado que el juez no tiene ni tiempo material ni capacidad técnica necesaria para fijar los plazos adecuados para peritar y velarlos³⁵³. Acaso el inconveniente es el tiempo de que se dispone, pues con interrupción de vista o con diligencia final sólo disponemos de veinte días hábiles. La dificultad temporal se incrementaría si todavía existiera un trámite previo de consignación en el juzgado y pago desde éste al experto, antes que comience su tarea. Ahora bien, como sea que el perito debe manifestarse sobre la posibilidad de ampliar, nada impide que se pronuncie sobre el tiempo que precisaría, en su caso, llevar a término lo peticionado. Y muchas son las ocasiones en que los peritos no proceden a nuevas tareas de campo sino que se centran en concluir sobre el material ya estudiado, lo que favorecería un trámite previo de provisión.

A nadie escapa, sin embargo, que la provisión de fondos obtiene su mayor sentido como medio de satisfacer los gastos del experto en sus pruebas o ensayos, materiales, registros, desplazamientos o dietas, no tanto en su emolumento profesional. Este sería el único existente cuando el perito sólo debiera responder cuestiones sobre material ya analizado, sin más. Cuando procedan nuevas tareas al margen

352. Hay quien propugna la discrecionalidad judicial en el establecimiento del plazo, lo que entraña un considerable riesgo de indeterminación y discordancia entre juzgados; cfr. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, "Algunas reformas...", cit., p. 194.

353. Soraya AMRANI-MEKKI, *Le temps...*, cit., p. 224.

de las meramente intelectivas, lógico es pensar que también será preciso un mayor tiempo, extremo que normalmente impondría, en tales supuestos, tiempo procesal aplazado por encima de los veinte días hábiles previstos. Nace con ello el riesgo de incertidumbre si se pretende la discreción juzgadora al respecto, lo que sin embargo no impide el uso motivado de una causa que expresamente prevé nuestra ley procesal civil (artículo 134.2 LEC). Efectivamente, por razones de fuerza mayor, alegadas por las partes y apreciadas en tal sentido por el tribunal, cabe interrumpir el plazo procesal eludiendo la regla general de preclusión del artículo 136 LEC.

Si la interrupción supera veinte días hábiles sobreviene suspensión (artículo 193.3 y 292.3 LEC) y nueva vista desde el principio. Otra opción es suspender de antemano y practicar antes aquello que se pueda en modo anticipado (artículo 293 y ss. LEC). No parece alternativa la diligencia final porque, aunque negada en juicios verbales y no en los ordinarios, ya se dijo que igualmente observa un plazo de veinte días y no cabe ordenarla sino cuando la causa ya está vista para sentencia, nunca antes de ello³⁵⁴.

5. Resulta más complicada la restitución procesal, pues toda actuación *ex post* implica un incidente a instancia de parte en el que se justifique lo que de otro modo vendría razonado *ex ante* por el órgano judicial, como impulsador del proceder bajo parámetros de economía procesal³⁵⁵. Hasta cierto punto, la parte litigante no supera plazo alguno que le corresponda respetar, pues la preclusión se incardina en una actuación pericial ajena a su dominio y, en definitiva, vivida desde el puro trámite judicial. Esto convoca la idea del plazo impropio –sobre todo para quienes consideran al experto extensión del juez–, pero no evita que sin justificación suficiente la dilación sea indebida o, de resultar constitucionalmente irrelevante, se haya vulnerado esencialmente la norma de procedimiento.

354. SsAP (Secc. 5ª) Málaga 23 de julio de 2004, FD 2º (BDEJ 197039), Las Palmas (Secc. 3ª), 2 de septiembre de 2004, FD 1º (EDJ 168639), Guadalajara (Secc. 1ª) 8 de noviembre de 2004, FD 1º (EDJ 176735).

355. Sobre la restitución procesal amparada en el artículo 134 LEC v. Enrique VALLINES GARCÍA, *La preclusión en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 375 y ss.

6. Cuando la parte no proponente pretenda participar en el dictamen más allá de la mera contradicción, a través del interrogatorio del experto, es decir, cuando solicite una ampliación de extremos sobre el peritaje solicitado de contrario, así deberá manifestarlo en el trámite de proposición probatoria para no alterar las reglas de juego entre partes y las especiales de preclusión. En tal caso, se trataría de proporcionar la cuantía que le corresponde en aras a ofrecer provisión de fondos si ese experto lo solicitase. Cuando no lo haga de ese modo, y simplemente participe del interrogatorio al perito –incluso cuando para ello reclame en solitario su presencia en la vista– no parece posible incluirle como sujeto pasivo del pago de honorarios anticipados; por mucho que ya sepamos de su intención interrogatoria desde cuando el perito es nombrado, en tanto lo es una vez admitido el medio de prueba, momento en que las partes han de manifestarse sobre si solicitan o no la asistencia del perito a la vista.

Algún autor sostiene que el juez diferenciará la participación de la parte contraria a la proponente para eximirla de participar en la provisión de fondos o no hacerlo, respectivamente si se trata de mera introducción de la contradicción o de una ampliación³⁵⁶. Fundamental resulta, sin embargo, el momento en que la proposición de ampliación puede tener lugar como iniciativa probatoria y el único plazo en que solicitarse con éxito una provisión de fondos. Conjugando ambos datos sólo el auténtico proponente del medio de prueba se coloca en la posición pasiva del artículo 342 LEC. En efecto, un momento posterior, en la propia vista por ejemplo, impide considerar que el experto disponga de plazo para reclamar la meritada provisión.

Además, téngase en cuenta que de solicitar el proponente esa presencia, mantiene la contraparte el derecho a participar en el interrogatorio, por mucho que convenga al no proponente, si le interesa, mencionar la necesidad de que el perito acuda a la vista. Cuando no acudiera, el proponente podría renunciar a usar de su petición y el contrario no podría solicitar interrupción porque carecería de legitimidad para ello, pues nada solicitó al respecto en el momento procesal oportuno.

356. Luis MARTÍN CONTRERAS, *La tasación de costas y la liquidación de intereses y sus impugnaciones en los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social (Legislación, doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, Comares, Granada, 2002, p. 43.

En conclusión, fuera del período de proposición probatoria, si el que fuera proponente solicita ampliación del peritaje, ya no existe regulación referida a la provisión de fondos, como no existe tampoco en trámite de diligencia final. Se impide así el anticipo del experto, que tendrá que cargar con el gasto generado personalmente hasta que minute y cobre por otros cauces. Pero la ampliación de peritajes a instancia del no proponente puede constituir un ardid arriesgado: no proponer un peritaje que interesa pasa por esperar que proponga la parte contraria y reservarse luego hasta el trámite del artículo 347.1 LEC, en espera que la proposición del medio se admita y no llegue a renunciarse –riesgo no obstante inexistente cuando se es demandado–. Se estará a salvo de cualquier solicitud de provisión de fondos por parte del experto actuante, y lo único de lo que tendría que asegurarse esa parte no proponente es de que el perito acudirá a la vista. De ahí que, cuando su proponente no lo solicita, el litigante contrario pueda actuar con esos fines, claramente defraudatorios o abusivos del derecho que se le ofrece en pos del principio de contradicción.

7. Nos parece que poco o nada tiene que ver que la parte no proponente participe en la designación del perito o provoque, a falta de acuerdo, la elección por sorteo, pues no por ello intervendría en la determinación del objeto de peritaje, sino sólo en manifestarse en la necesidad o no de practicar el peritaje y asegurar su mayor objetividad. Cabría incluso que el proponente no compareciese en la designación pericial por el sistema de sorteo, habiendo de conformarse con el designado por quien no propuso ese medio de prueba pero sí compareció al acto³⁵⁷. En ninguno de esos casos el litigante no proponente se convertirá en sujeto pasivo del abono de provisión de fondos.

Asimismo, observamos una finalidad protectora: cuando el no proponente actúa para matizar o completar, esto es, subsanar omisión de datos, antecedentes, hechos o extremos que el proponente ha querido evitar o inconscientemente olvidó. El litigante no proponente eludirá de ese modo un perjuicio injusto en el resultado del peritaje o una

357. Recuérdese que ya no existe la “insaculación”, por la que se introducían los nombres de varios expertos en una bolsa (eso era introducir en el *sacculus*) y de la misma se extraía uno (artículo 616 LEC/1881).

labor incompleta. Tampoco en estos casos debiera asumir ningún tipo de obligación dineraria en el marco de la provisión de fondos³⁵⁸.

8. Más allá de la mera complementación, cuando se persigue un resultado directamente favorable a las propias alegaciones, se tiene la capacidad y se está en plazo para proponer por sí mismo un medio de prueba –que lo será pericial en esa línea ampliatoria–. Acabará por colocarse a modo de auténtico proponente y como tal participará de las obligaciones económicas que se susciten, bien por mitad o iguales, bien en proporción distinta que el juez considere más ajustada a las tareas que cada litigante encomiende al experto definiendo el objeto de su trabajo.

9. También es irrelevante que la parte que recibe el traslado de la proposición de prueba del contrario esté de acuerdo o no con el número de peritos propuestos, interviniendo de ese modo en la fijación de su número. Vaya por delante, de todas formas, que nuestro legislador se inclina hacia el único perito por materia a peritar. Desde el punto de vista económico se incrementaría considerablemente el coste cuando frente a un perito propuesto el no proponente defienda la necesidad de más expertos o de un equipo colegiado y así lo acuerde el juzgador. Parece justo que el exceso vaya a cargo del no proponente, con independencia del resultado del pleito en cuanto a costas. Y si el proponente no manifestó número y la parte no proponente lo hace en más de uno, asumirá esta última una porción de los gastos, que devendrán comunes por cuanto contribuye a eliminar un posible error del perito único en su propio beneficio a la vez que orienta la causa hacia un mayor acierto³⁵⁹.

358. Con base en la analogía del artículo 628 LEC/1881, PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ no veía una intervención activa en la prueba propuesta de contrario; v. su trabajo “Honorarios de Peritos. A quién corresponde satisfacerlos”, *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, nº 3, julio-agosto-septiembre 1947, pp. 487 a 493; también en sus *Estudios y Comentarios para la Teoría y la Práctica procesal civil*, II, Reus, Madrid, 1950, pp. 559 y ss.

359. Para PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ debe contribuir al pago de los gastos el colitigante que usa de la oportunidad de la proposición probatoria del adversario no a efectos de mera contraprueba sino de medio probatorio propio; cfr. sus “Honorarios...”, cit., p. 490.

VI.3. Particularidades sobre la designación conjunta de perito

1. Si varios litigantes designan perito de común acuerdo y alguno de ellos no consigna la proporción que le corresponde, el resto dispone de diversas opciones, de entre las que cabe destacar las tres siguientes: suplir la carencia; indicar qué puntos deberán dictaminarse; recuperar la cantidad depositada. De ese modo, o se mantiene la obligación del perito en toda su extensión o se reduce parcialmente o se extingue por completo, retomando la exención legalmente prevista.

2. No se olvida ahora lo expuesto sobre la voluntad del propio experto, pero el particular debe modificarse en aras al principio de aportación de parte en la proposición probatoria, antecedente a la decisión del perito sobre actuar o no sin provisión de fondos. Tal decisión tiene lugar cuando se mantiene la intención *ex parte* de que el medio de prueba pericial tenga lugar. Pero si éste desaparece, bien parcialmente –la parte que consignó reformula el objeto del peritaje–, bien totalmente –el acto de retirar el depósito es asunción tácita de renuncia a la prueba–, deja de estar en manos del experto la realización o no del peritaje.

En el primer ejemplo es clara la actuación expresa de la parte, limitando o modificando concretamente sobre qué debe responder el perito. En la segunda hipótesis, sin embargo, la actuación de la parte es meramente económica, sobre todo cuando no quiera asumir la proporción de abono anticipado que corresponde a otro litigante y el peritaje observe un objeto único imposible de escindir en porciones que interesen sólo a uno u otro justiciable. La justificación puede plantearse con meros motivos económicos –insuficiencia– y esquivar razones de interés probatorio, de ahí que la maniobra de retirar el depósito –en realidad no abonar la cantidad restante no consignada– puede separarse de la voluntad probatoria. Resurgirá entonces la decisión del experto en cuanto a actuar sin la provisión pedida, por mucho que sea un planteamiento un tanto vano si la dicha provisión es significativa, supuesto que suele ser habitual.

En todo caso, disponiendo el perito de parte del adelanto solicitado, no parece lógico que también pierda lo ya consignado porque lo retire la parte que sí consignó, al menos sin asociar tal actitud proce-

sal a una falta de interés en ese proponente. Acaso fuera adecuado que el consignante manifestase su voluntad de mantener el depósito a efectos de que el experto pudiera decidir si asume o no el trabajo encomendado con aquella parte provisionada. Sólo si expresamente renuncia al particular procederá, en ese supuesto, la retirada del depósito.

3. Acudir directamente a la idea de retirarlo sin más impediría que el experto pudiera actuar como lo haría cuando, simplemente, no se hubiera producido ninguna consignación, y esto parece contrariar un argumento *ad maiorem*. Más razones parecen encontrarse para que el perito actúe cuando al menos hay parte del anticipo solicitado, que cuando nada se ha consignado a su disposición y en absoluto se le niega la posibilidad de peritar, salvo que la parte proponente trascienda esa actuación tácita de impago y renuncie expresamente al peritaje propuesto y admitido.

4. También se ha criticado que cuando ambas partes deban consignar la mitad u otra proporción de la provisión de fondos y una no lo haga, se genere una disyuntiva entre cubrir la parte del moroso o retirar la aportada y arriesgarse a perder la disponibilidad sobre el medio de prueba admitido³⁶⁰. El perito podría, simplemente, no dictaminar sobre las cuestiones que interesaban al moroso, convirtiéndose quien pagó en el hacedor de la prueba del contrario —en lo que a esas cuestiones periciales corresponde— para no perder la suya propia.

La crítica no se sostiene si el dictamen es único e indivisible, pues ciertamente impediría discriminar entre peticiones de una y otra parte. Pero no es cierto que quien cumplió, abonando el coste que le correspondía, siga beneficiando el interés probatorio de la otra parte al cubrir la cantidad insatisfecha restante para asegurar el suyo propio³⁶¹. Asegurar el peritaje no impone predeterminedar su contenido, y cuando el objeto es el mismo el interés probatorio de cada litigante no se reduce a que el perito realice su labor, sino a que ésta acoja el signo más cercano a las alegaciones de antemano vertidas, sin que con ella tenga que resultar afectada ni la imparcialidad ni la objetividad.

360. José María RIFÁ SOLER, “El dictamen...”, cit., p. 1610.

361. Como critica José María RIFÁ SOLER, “El dictamen...”, cit., p. 1610.

Incluso cuando sólo un litigante hubiera propuesto el peritaje, un resultado poco propicio beneficiará a la parte contraria, pero nadie se habría extrañado que el proponente fuese quien anticipara en exclusiva una provisión de fondos sin perjuicio de la condena en costas que finalmente pudiera deducirse.

Para la doctrina antes citada, el incumplimiento de una de las partes no puede perjudicar al litigante que satisfizo la cantidad solicitada, por lo que ante un objeto pericial inescindible deberá exigirse el pago al litigante que solicitó el dictamen pero incumplió su obligación de provisión de fondos³⁶².

5. Algunos autores han discutido que por criterios meramente económicos el contenido del dictamen pericial pueda quedar en manos del interés de la parte, que sustituiría de ese modo los postulados de utilidad y pertinencia característicos³⁶³. Pero los puntos a fijar, sin embargo, no son nuevos, sino que se escoge entre los que ya han sido admitidos y, por consiguiente, extremos declarados útiles y pertinentes. Se hace, en realidad, una supresión de puntos a peritar: los que no interesan a esa parte, quedando salvos los otros, aquellos que *interesan*. Ambos se incardinaban en la determinación de las partes, inevitablemente, y por razones de impago, los desechados se explican a modo de renuncia tácita de su proponente.

VI.4. Exención de peritar

1. Con la LEC/1881, los peritos dilataban en ocasiones su quehacer o condicionaban la entrega de su trabajo para asegurarse el percibo de los honorarios devengados. A veces, satisfecho el pago por uno solo de los litigantes, se generaban sospechas de la influencia que ese particular podría haber tenido en el contenido del peritaje. Ya

362. José María RIFÁ SOLER, “El dictamen...”, cit., p. 1611.

363. Por ejemplo Pedro GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, “Art. 342”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Arts. 1 a 516 (coords. Faustino Cordón Moreno, Julio José Muerza Esparza, Teresa Armenta Deu, Isabel Tapia Fernández), Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1.181.

antes de la actual LEC se buscó atajar este tipo de maniobras, impidiendo que el pago de los honorarios se convirtiera en requisito previo para la entrega del informe pericial. Efectivamente, el artículo 3 del Decreto 2819/1967, de 23 de noviembre, excluye la necesidad de visado colegial cuando el peritaje ha sido encargado de oficio por el juzgador, y nuestro Tribunal Supremo ofreció una extensión a las tareas periciales encomendadas a instancia de parte³⁶⁴.

Nótese sin embargo que *visar* el peritaje efectuado –tarea del colegio profesional que corresponda– sirve para comprobar la correcta aplicación de tarifas u honorarios, sin que pueda funcionar como un mecanismo de retención.

Derecho a retener que sí tiene lugar en otras figuras jurídicas, como son ejemplo la prenda –artículo 1.866 CC–, la anticresis –artículo 1.886 CC–, el mandato –artículo 1.730 CC–, o los gastos reintegrables del usufructo –artículo 522 CC–³⁶⁵.

Y que no es exigible cuando se trata de informes periciales de carácter judicial, sí en cambio para los informes de carácter privado (antes, pues, del proceso).

En Francia, por ejemplo, se permite que el juez ordene una provisión complementaria a la insuficientemente obtenida a solicitud por el experto, sin que el retraso que ello provoque en el quehacer pericial lo haga caducar³⁶⁶.

Salvo por motivos de urgencia, las consecuencias de no consignar se dirigen al retraso en el quehacer pericial y la caducidad de la decisión de ordenar el peritaje (artículo 271 NCPC), salvo que a petición de una parte con motivo legítimo se prorrogue el plazo o se releve la caducidad. Con todo, se aboga por atemperar la rigidez de los textos hacia la apreciación judicial en el caso concreto³⁶⁷.

364. SsTS de 14 de febrero de 1994 (Ar. 1470), 31 de marzo de 1997 (Ar. 2479).

365. Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 267.

366. Jacques HÉRON, *Droit...*, cit., p. 848.

367. V. N. FRICERO, “La caducité en droit judiciaire privé”, *Nice*, 1979, num. 164 y 165, citada por Gérard CORNU y Jean FOYER, *Procédure...*, cit., p. 653.

2. En todo supuesto, derivado del poder atribuido a las partes en la designación extrajudicial de peritos, se ha planteado el problema de frustración de la pericia por no consignar la provisión de fondos solicitada³⁶⁸. Parece absurdo intentar evitarlo solicitando, al tiempo que se propone la pericia designada *ex parte* que ha de pagarse extrajudicialmente, una designación judicial, pues ésta también participaría de idéntico inconveniente a través de la provisión exigible, por mucho que el particular se vea relajado con un nombramiento expreso y las consecuencias intrínsecas de las que ya se ha hecho mención. Ahora bien, cuando se tratase de un perito judicialmente designado, pero perteneciente a una institución pública, cabe plantear si procede provisionar cobrando como cobra del Estado u otra Administración pública, acaso encaminada a la práctica de toda una batería de pruebas que en la propia institución no sea viable practicar o, siéndolo, su coste exceda lo presupuestado de ordinario. Y si ello es así, habría que preguntarse cómo funcionaría el pago del servicio en el ámbito de las costas procesales y su condena, tanto de aquél directamente efectuado por el perito en el seno de su puesto de trabajo y medios a disposición, como en las tareas contratadas y quizás anticipadas por la Administración correspondiente. Parece que sobre estas últimas actuaría el coste efectivamente anticipado –sin sus intereses legales– y sobre las anteriores una valoración del propio ente público, siempre y cuando no entre en juego la asistencia jurídica gratuita y sus reglas de aplicación.

3. Por otra parte, aunque nada prevea la actual LEC se ha sostenido que no aceptar el cargo en plazo (cinco días) impondría la sustitución del perito por su suplente³⁶⁹. El particular es extraño, pues cuando se manifiesta una causa como suficiente para eximirse, el juez valorará si la encuentra o no razonable. Por consiguiente, parece no tener sentido que la omisión sobre aceptación o falta de aceptación del cargo constituya un tácito rechazo, incontrolable judicialmente. Si fuese de ese modo, debería rechazarse por innecesario el ardid de exigir una alta provisión de fondos para eludir el nombramiento, pues se podría escapar a los efectos de la designación con el simple silencio sobre aceptación.

368. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba...”, cit., p. 284.

369. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba...”, cit., p. 303.

4. Desde otro punto de vista, se ha afirmado que una justicia eficaz no puede subyugarse a la exigencia del pago justificado de honorarios, pero es claro que el peritaje siquiera tendrá lugar si solicitada la provisión de fondos y aprobada por el juez competente, no se satisface correctamente. Aquí no se trataría de hacer depender el peritaje, y así la justicia rogada en concreto que lo precise imprescindible, del pago de los honorarios devengados, en el bien entendido que no se habría generado ningún tipo de honorarios porque el perito no habría realizado ninguna actividad intraprocesal al no percibir lo solicitado. Pero acaso este particular, anticipatorio, y su consecuencia respecto a la negación del derecho a la prueba, se advierte más grave y perjudicial que aquel en donde el experto ya ha desempeñado su oportuno papel y ha visto nacer un legítimo derecho a cobrar por lo efectivamente actuado.

La jurisprudencia constitucional, todavía en análisis de la LEC/1881 (artículos 8 y 12), estableció que los procedimientos especiales de jura de cuentas “no vulneran el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE porque no se han establecido en favor de Abogados y Procuradores en atención a sus respectivas profesiones ni obedecen a consideraciones subjetivas de estos profesionales, sino que, por el contrario, es el carácter de los créditos devengados durante la sustanciación de un litigio y, por tanto, con constancia en el mismo, lo que permite abreviar el procedimiento para su reintegro dentro del mismo proceso en el que se han producido y ante el mismo Juzgador que ha de resolver, si lo estima procedente, la formulación del requerimiento de pago y, en su caso, la apertura del procedimiento de apremio”. Y respecto del artículo 24 CE tampoco aprecia el TC vulneración alguna, siempre que “las garantías establecidas en el mismo [...] se interpreten en el sentido de que el órgano judicial ha de verificar los requisitos de la pretensión que se le formula, sin impedir al deudor hacer alegaciones al respecto y sin perjuicio de que, de requerir el caso una mayor amplitud de defensa o de contradicción, lo resuelto en estos procesos no cierra la vía del procedimiento declarativo ordinario”³⁷⁰.

Algunos autores consideran que la doctrina vertida en esta sentencia, con respecto a la limitación del procedimiento de jura de cuentas

370. STC 110/1993, de 25 de marzo, FD 8°.

a los abogados y procuradores, usa de justificaciones aplicables de igual modo al perito, por ejemplo la colaboración con la Administración de justicia, obligación ante el tribunal una vez se acepta el cargo³⁷¹. En este sentido se defiende, con apoyo en los artículos 3 y 4 CC, la aplicación analógica de la norma procesal prevista para el cobro de indemnización de los testigos, que dispone del apremio directo a partir de la resolución que reconoce la cuantía de lo debido como un título judicial ejecutivo.

5. Por último debe recordarse que los colegios profesionales ostentan capacidad jurídica suficiente para actuar en nombre de sus colegiados cuando éstos lo soliciten en orden al cobro de percepciones, remuneraciones y honorarios profesionales³⁷². La opción es viable al margen de la petición del colegiado, pues puede operar con carácter general, pero este particular no es apropiado para actuar en el seno de un litigio, por lo que aquí será precisa la solicitud del colegiado y, además, por exigencias del proceso civil, hará falta un apoderamiento suficiente para que la persona jurídica del Colegio profesional comparezca en forma, sea en un incidente de proceso ya abierto, sea en juicio declarativo ordinario.

VI.5. Sobre el ejercicio del derecho de exención y otras vicisitudes del impago de la provisión ordenada

1. El juez decide por providencia sobre la provisión solicitada, ordenando el pago al proponente si éste no tuviera derecho a la asistencia pericial gratuita, que pasando por la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado deberá abonarse en un plazo máximo de cinco días, que como es costumbre suele apurarse hasta el final. Sabemos que sin ese abono es viable, pero no automáticamente obligatoria, la exención del perito. Efectivamente, la exención se configura como una posibilidad, por lo que dependerá de la voluntad del experto, exigiendo pues su manifestación al respecto. Y hasta que ésta llegue puede producirse un pago extemporáneo, sin que la preclusión

371. Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 266.

372. Cfr. artículo 5.p de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios profesionales.

indicada en perjuicio de la parte interesada deba producir ningún efecto, que lo sería desproporcionado si trascendiera en contra del derecho a la prueba³⁷³.

Ahora bien, si el pago se produce cuando el experto ya ha manifestado su voluntad de no peritar por carecer de provisión de fondos, de nuevo la incidencia del derecho a la prueba permitirá plantear un renacer del peritaje, siempre y cuando sea ese el experto y no otro el que acepte actuar, valorando que no se genere dilación perjudicial para el resto de partes en el curso normal del proceso.

Es cierto que si se considera un plazo propio siempre podría alegarse preclusión, que al ser norma procesal es aplicable como derecho imperativo. Pero lo que nunca puede hacer la parte contraria es apropiarse de la voluntad del experto, quien si lo desea peritará aun cuando no se le haya proveído de fondos. De ahí que no proveer en plazo, sino hacerlo extemporáneamente, no significa lo mismo que cualquier otro incumplimiento de plazo, que anude directa y automáticamente un efecto procesal negativo para la parte incumplidora.

2. En algunos países la falta de consignación de la provisión de fondos supone la caducidad de la decisión judicial que ordena un peritaje, si bien dicha caducidad no puede invocarse por la parte a cuyo cargo debía consignarse³⁷⁴. Desde otra perspectiva, a la búsqueda de mantener vivo el auxilio que precisa el juzgador, la doctrina ha planteado varias alternativas a la exención de peritar que sobrevienen a la falta de consignación. Tres de ellas llaman nuestra atención: el apremio contra el obligado; la proposición al resto de partes a fin de que anticipen esa consignación —a reintegrar después, al fin del procedimiento, en su caso—; la designación de otro perito que no pida provisión³⁷⁵.

3. Con referencia a la primera alternativa planteada, la opción del apremio, es más sencillo el argumento basado en la *mens legislatoris*. El Grupo parlamentario catalán en el Congreso (Convergència i Unió)

373. A favor de la eficacia del pago fuera del plazo, José María RIFÁ SOLER, “El dictamen...”, cit., p. 1610.

374. Jacques HÉRON, *Droit...*, cit., p. 848, nota núm. 192.

375. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba...”, cit., p. 320.

propuso incorporar al proyecto de LEC un precepto según el cual el impago del honorario permitiera solicitar el apremio³⁷⁶. Se rechazó la iniciativa en tanto cabía acudir al nuevo proceso monitorio de los artículos 812 y siguientes³⁷⁷. Ciertamente es que a diferencia de una vía de apremio, ubicada en el proceso de ejecución, el juicio monitorio no se basa en títulos de ejecución y basta para soslayarlo una mera oposición que desembocará en el declarativo correspondiente. De cualquier modo, es clara la oposición legislativa al particular.

Cuando en un proceso dispositivo los medios de prueba son iniciativa de cada parte, no parece lógico que una vez propuestos y admitidos se desprendan del dominio del proponente antes de ser practicados, antes de funcionar la regla de adquisición procesal. Es posible que el proponente renuncie al medio de prueba que propuso con éxito, sin que el juez o el resto de partes puedan sustituir esa negativa voluntad probatoria del renunciante, eliminando el problema del coste procesal (no el privado que efectivamente ya se haya devengado). Si otra parte lo asumiera como propio, el peritaje rompería el límite de la preclusión procesal en su proposición, adelantándose a la adquisición procesal característica de cualquier prueba ya practicada. Si eso fuese posible el coste debería correr a cargo de quien la hubiera hecho suya, descargando de tal obligación al inicial proponente.

Y no tiene sentido que quien puede renunciar legítimamente al medio de prueba propuesto pero no practicado pueda ser obligado a su pago. De ese modo se está convirtiendo en irrenunciable cualquier proposición probatoria una vez admitida. A lo sumo cabría exigir que el litigante renunciara expresamente, formalidad que simplemente pondría de manifiesto el rechazo a la renuncia tácita significada con la negativa a pagar el coste anticipado de la pericia. Una vez se practiquen los medios de prueba no pueden renunciarse, a modo de rechazar el resultado probatorio servido a la convicción juzgadora. En realidad opera algo más que una adquisición procesal de la contraparte, pues el resultado de la práctica probatoria se separa de los litigantes y

376. Se trató de la enmienda número 1224; Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), 26 de marzo de 1999.

377. Boletín Oficial de las Cortes Generales (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados), 27 de julio de 1999, p. 21.396.

se integra en el ámbito a disposición juzgadora. Si el peritaje propuesto y admitido se entendiera exclusivamente como un medio auxiliador del juez, sería lógico segmentarlo de la disposición de las partes ya antes de su práctica. Sólo en parte se respetaría la iniciativa probatoria privada: el juez no podría haber planteado de oficio la necesidad de un auxiliar experto pero sí retenerlo cuando tal planteamiento hubiera provenido de las partes, aunque éstas se echaran atrás antes de la práctica probatoria que genera la apuntada adquisición procesal.

De modificar este principio procesal en los procesos civiles dispositivos, el juez ejercería una (pseudo) proposición probatoria³⁷⁸. Haría suyo un medio de prueba, permitiendo la práctica consecuente contra la voluntad del proponente, lo que no deja de ser una actividad probatoria de oficio, no exactamente una iniciativa pero sí algo equivalente y del mismo modo proscrito por nuestro actual Derecho procesal sustantivo.

Otra cuestión se plantea con la diligencia final de oficio ubicada en el artículo 435.2 LEC, cuando el peritaje propuesto y admitido nunca se renunció pero tampoco pudo practicarse por causas ajenas a la voluntad de las partes y, sin embargo, éstas no consideraron oportuno solicitar la práctica de diligencia final pero el juzgador sí³⁷⁹.

En cualquier caso, si el perito introducido en el juicio por las partes que luego se desprenden de él se convirtiera en un experto auxiliar del juez e independizado de su inicial proponente, más lógico es que los deberes económicos vinculados se afilien a los gastos propios del funcionamiento de la Administración de Justicia, excluyendo el débito natural de un proponente de prueba que deja de serlo. Una vez dictada sentencia, e igual que con los peritos designados de oficio en procesos no dispositivos, la condena en costas puede descargar a la Administración del coste anticipado como provisión de fondos.

378. Sobre la posición del juez en materia de prueba cfr. Bruno CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991. Sobre el acceso a la justicia en condiciones de igualdad v. Mauro CAPPELLETTI, "Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudicizie della struttura del processo", *Rivista de Diritto Processuale*, vol. XXII (II Serie), Cedam, Padova, 1967, pp. 407 a 428.

379. Cfr. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, "Ampliación....", cit.

De otro lado, se ha expuesto que lo decidido de oficio beneficia a toda parte en cuanto ayudará a ofrecer una decisión final o de conjunto, de ahí el pago por iguales de las costas devengadas con ese tipo de peritaje³⁸⁰. Mas no nos llevemos a engaño, el peritaje suele beneficiar a una parte más que a otra, sólo hay que ver la relación entre la valoración judicial del trabajo pericial, el fallo y las pretensiones iniciales de cada uno de los litigantes.

Pero anclados exclusivamente en la naturaleza jurídica del auxilio al juzgador se arrinconaría el carácter de prueba; no sólo a efectos de su resultado en orden a la convicción juzgadora, sino también en el seno de la mecánica procedimental de cualquier medio de prueba en un proceso civil dispositivo y sus consecuencias económicas.

4. La segunda alternativa, referida a que las demás partes comparecidas consignen, pierde lógica si no fueron proponentes, pues la falta de prueba que interesa a la contraria les beneficiará directamente. Cuando se trate de una proposición conjunta hay interés en que el peritaje se practique, pero si éste ha dividido su objeto en función de los intereses de uno y otro litigantes, más parece que quienes tienen voluntad de consignar lo hagan, exclusivamente, para que el experto responda a las cuestiones técnicas o científicas por ellos planteadas. En consecuencia, más se producirá una reducción del objeto del peritaje dando por sentado que, en lo que les concierne, estos litigantes ya consignaron la porción de provisión de fondos que les correspondía. Máxime tendría lugar un ajuste en la dicha proporción, tarea a cargo del juez y siendo conveniente resolver tras oír al perito.

5. Si se acogiese la posibilidad de tomar un perito “público”, esto es, adscrito a la Administración, la provisión no sería precisa sin perjuicio del cobro a que tiene derecho la Administración pública mencionada –no el experto como persona física–, y ello aunque se dictase una sentencia sin condena en costas.

380. De ese modo interpreta el artículo 26.7 LEC y los “gastos causados a su instancia” Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 281. La misma conclusión sostiene Ignacio CUBILLO LÓPEZ *a similitud* con el artículo 339.2 i.f.; v. “La prueba...”, cit., p. 131.

VI.6. Supuestos de falta de solicitud o renuncia a la provisión de fondos solicitada y acordada

1. El perito puede emitir dictamen sin ningún tipo de provisión de fondos o adelanto económico, renunciando al solicitado en su momento o siquiera solicitándolo en los tres días de plazo preclusivo para ello conferido. Más adelante presentará su minuta de honorarios y gastos para resarcirse, indirectamente, a través de las costas procesales abonadas por quien resulte condenado; o directamente, si no hubiera tal tipo de condena, por quien propició su actuación.

2. Cuando el perito admite un fraccionamiento en el pago de la provisión de fondos no se permite exactamente una renuncia parcial al derecho de cobro anticipado, pues la cantidad solicitada —u otra reducida, en cualquier caso— se habrá aprobado como total. Aquélla sería la que iría satisfaciéndose a medida que avance el experto en la necesidad de percibir dinero para no adelantarle de su propio bolsillo en los gastos del peritaje que se generen. Y recuérdese que no se vive en nuestro país una situación como la del proceso francés, donde el dinero consignado no está a disposición del experto y sólo puede utilizarlo con autorización del juez y a fin de avanzar pagos, que además deberán ser justificados³⁸¹.

3. Cuando son las partes quienes solicitan un fraccionamiento, el juez no habría de permitirlo porque el perito trabajaría, al cabo, sin haber percibido de antemano cantidad suficiente, pues resulta extremadamente difícil que a cada plazo se corresponda una parte del trabajo y que éste tenga el mismo valor. Tampoco es lógico la paralización de las tareas periciales a medida que la contabilidad del experto permita, materialmente, ajustar aquello provisionado con lo que tiene que hacer. Y si en esa hipótesis jurídica no renunció parcialmente, mantendrá en su derecho de no peritar cuando no se le provean fondos, suficientes a criterio del juzgador y en el plazo preestablecido, por lo que el derecho de exención iría renaciendo de continuo, a cada plazo de pago fraccionado que venciese, sin duda un exceso de inseguridad por cuanto hasta el último quehacer pericial el dictamen no habría de considerarse terminado.

381. Jacques HÉRON, *Droit...*, cit., pp. 847 y s.

4. Sabemos que resulta conveniente identificar la finalidad de la provisión de fondos, que en la práctica acaba por significar un adelanto total de lo que el experto tendrá derecho a cobrar al final de su trabajo. Si a medida que avanza la tarea pericial pudiera ir proveyéndose al perito, se entendería el adelanto parcial consentido, con las respectivas solicitudes que fueran necesarias. Como sólo existe una oportunidad de hacerlo, es lógico que el adelanto deba ser total, eludiendo los problemas planteados por el fraccionamiento.

VI.7. Recusación y provisión de fondos

1. El perito recusado que hubiera percibido provisión de fondos devolverá lo recibido, en el bien entendido que su actuación no procedía, pues por definición no es perito el efectivamente excluido del proceso por no contener las exigencias mínimas de imparcialidad y objetividad. Sin necesidad de este razonamiento, resulta perfectamente posible que el recusado no haya realizado ningún tipo de actuación pericial, por lo que en esos casos además existiría un enriquecimiento injusto atesorar lo recibido como provisión, que lo habría sido a cambio de nada.

Pero cuando se hubiera realizado algún tipo de trabajo pericial antes de conocer la recusación, el cobro anticipado a resultas de una liquidación final sería correcto y percibido en cualidad de experto actuante en el proceso. Igual debe ocurrir si aun existiendo causa de recusación ésta no se plantea en el momento procesal oportuno, precluyendo la opción por mucho que la alegación extemporánea pudiera incidir en el ámbito de valoración judicial, de manera similar a la tacha.

2. Se podría retrotraer el argumento de la falta de objetividad e imparcialidad, lo que desnuda la labor pericial de su verdadera esencia. Incluso podría decirse que el experto todavía no recusado nunca llegó a ser auténtico perito. La falta de liquidación final y cobro podría achacarse a la propia responsabilidad del experto, quien debería conocer las limitaciones que comportaba el cargo de perito. No obstante, si la recusación obedece a una causa sobrevenida, lo efectuado con anterioridad al nacimiento de dicha causa habrá sido realiza-

do bajo legítima cualidad de perito, mereciendo el cobro de emolumentos en cuanto tal. En ese caso habría derecho tanto a retener la provisión de fondos, o su porción ajustada a lo efectivamente hecho, como a que esa cantidad se vea liquidada, finalmente, como costa procesal pese a que el experto habrá sido excluido del proceso *ex ante sententia*. Por último, aquello que se haya hecho con posterioridad a la causa de recusación entraría en el mismo régimen de devolución antes mencionado en primer lugar.

3. El perito que sólo puede ser tachado convoca una situación procesal que no excluye su trabajo del proceso. Y la posibilidad de su valoración judicial justifica como, en todo caso, su quehacer debe ser satisfecho económicamente.

VI.8. Sobre la negada reiteración del peritaje y su coste

1. Pese a su admisión en el Derecho comparado³⁸², la rectificación del dictamen fue inicialmente negada por nuestra doctrina especializada, basándose en la preclusión procedimental. La finalidad se orientaría a practicar otro dictamen para prescindir del emitido o, mantenido éste, valorarlo más adecuadamente. No se eludiría, claro está, la dilación³⁸³.

Se abren dos vías de respuesta si responsabilizamos de la necesidad de reiteración al propio perito, acaso por no haber confeccionado correctamente su dictamen, o hacerlo inservible por deficiente en método y ajuste al objeto peticionado³⁸⁴. Una radica en apartarnos del

382. Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1970, p. 341; MAILLARD, *Traité de l'expertise...*, p. 90.

383. Sobre la dilación de actuaciones, aunque vinculada a la inutilidad, véanse las observaciones de Giuseppe FRANCHI (*La perizia civile*, Cedam, Padua, 1959, p. 185); autor que expone la hipótesis de la rectificación (ídem., p. 363). Cfr. igualmente su trabajo "Consulente técnico, custode e altri ausiliari del giudice", en *Commentario del Codice di procedura civile, diretto da E. Allorio*, I, UTET, Torino, 1973, pp. 682 y ss.

384. Se incluiría el caso de que fuese incompleto, porque acudiríamos a la figura de la ampliación, según lo ya expuesto.

proceso y acudir a la responsabilidad civil contractual o legal del experto, al que se le reclamaría la indemnización pertinente en el procedimiento declarativo que corresponda por la cuantía. Otra no trasciende del proceso y consiste en reiterar.

Este particular tiene lugar a costa de la celeridad, especialmente contra quienes no propusieron tal peritaje y por definición habrían de beneficiarse de sus defectos. Y nótese que en cuanto a esto último destaca cualquier actuación de la contraparte, pues al igual que en el interrogatorio de los litigantes o de los testigos se perseguirá reducir o minar el valor probatorio favorable al contrario, sin que por ello renazca en este último un derecho a tener otra oportunidad. De lo contrario, cada peritaje deficiente –o cuya deficiencia se pone de manifiesto– otorgaría el poder de obtener otro peritaje, esta vez eficiente. En un plano estrictamente económico no parece aceptable que el pago de un nuevo peritaje deba volver a corresponder al proponente. Parece más lógico vincularnos al perito causante, lo que podría ser relativamente sencillo cuando el propio experto repite su trabajo –sin cobrar de nuevo–, pero más dificultoso si se toma otro perito (con derecho a retribución) para la dicha función. Menos admisible resultaría, a nuestro entender, que la contraparte nada pague o que corresponda a la Administración pública si se mantiene separado el régimen del perito de oficio y el designado por los litigantes o a su instancia, únicas vías estas dos últimas en los procesos civiles dispositivos.

2. Cuestión de relevancia, también, se encuentra en la condena en costas cuando ésta se dirija al litigante vencido pero no proponente de ese peritaje deficiente, pues ninguna culpa habrá de tener por la mala elección o control del perito designado por la otra parte. Es más, acaso la deficiencia provino del ataque y derribo desplegado en contra de ese trabajo pericial, lo que es perfectamente legítimo en estrictos términos de defensa y que, sin embargo, habría propiciado una reiteración pericial, una duplicación de los costes, y una finalidad probatoria contraria a los intereses de quien puso de manifiesto la deficiencia, lo que no impediría que lo intente de nuevo frente al eventual peritaje reiterado.

3. Cuando la rectificación o el nuevo peritaje se deba a causas ajenas al experto se excluiría a éste de la satisfacción del coste o su eventual y posterior punición civil indemnizatoria. No obstante, se manten-

dría el problema objetivo de la duplicación del gasto y su atribución, con el riesgo de que la Administración de justicia, a través del juez, pretenda arrogarse en la posición de la parte y suplir el déficit más allá de los cauces propios del interés público que lo justificaría, interés general apreciable por lo común en todo proceso civil no dispositivo.

El único argumento favorable residiría en el carácter auxiliador del perito; en tal caso el mismo se habría desprendido de la designación de las partes convirtiéndose en apoyo directo, imparcial y objetivo del juzgador. En cualquier caso, cumpliendo con la posibilidad de exculpación penal, siempre debiera ser posible que el perito rectificase sus manifestaciones orales o escritas, evitando eventuales responsabilidades o disminuyéndolas cuando ya se causó algún daño³⁸⁵. Y ese modo de actuar, perfectamente legítimo, ni se obstaculiza por la preclusión procesal ni ésta puede ser impedimento para que el juez que todavía no haya sentenciado pueda tomar en consideración ese tipo de rectificación para resolver el caso. De hecho, la LEC ha suprimido tanto los plazos procesales en este punto³⁸⁶ –aunque no los generales de la prueba–, como la prohibición de repetir dictamen (era el artículo 630 LEC/1881).

4. La reiteración se admite sin dificultad en otros foros³⁸⁷, pero el estudio sistemático de nuestras normas impide la reiteración pericial salvo en los supuestos de excusa absolutoria, en cuyo caso el coste pericial no puede incrementarse por la mera actuación (rectificadora) del experto.

385. Se trata de la retractación absolutoria del artículo 462 CP, aplicada al perito por analogía *in bonam partem*, v. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Manual...*, cit., p. 123, nota núm. 153.

386. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “La prueba...”, cit., p. 315.

387. Sobre el principio de disponibilidad de la prueba y los medios de prueba viables de oficio en Italia véase Luigi MONTESANO y Giovanni ARIETA, *Diritto Processuale Civile, II. La cognizione di rito ordinario*, G. Giappichelli editore, Torino, 1994, pp. 76 a 79 (2ª ed. en 1997). En el Derecho procesal italiano cabe el nombramiento de oficio y el nuevo nombramiento (renovar un perito por otro) o por grave motivo sustituir al nombrado en el curso del proceder (id., p. 120). Sobre esta discreción judicial véase, también, Salvatore SATTÀ y Carmine PUNZI, *Diritto...*, cit., p. 388, nota núm. 19; y partiendo de la gran libertad que el artículo 191 CPC otorga al juez para nombrar perito (en el momento o en la ocasión que considere oportuna), v. Enrico Tullio LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Giuffrè, Milano, 2002⁶, p. 319.

VII. Provisión de fondos en procedimientos de ejecución

1. En ejecución de sentencias el perito puede intervenir en cuanto condenas de hacer (artículo 706 LEC), liquidación de daños y perjuicios (artículos 715 y s. LEC), determinación dineraria de una prestación no dineraria (artículo 717 LEC), liquidación de frutos y rentas (artículo 718 LEC), pago de frutos en especie (artículo 947 LEC). Como proceder específico, separado de la ejecución de sentencia en sentido propio, se plantearía la rendición de cuentas de una administración (artículo 720 LEC).

2. En este tipo de procedimientos se impide la provisión de fondos por mucho que exista remisión al trámite del juicio verbal, en tanto las previsiones del artículo 342.3 LEC se ubican tras una proposición probatoria admitida por el tribunal, sin que en los supuestos que acaban de enumerarse exista, en sentido propio, proposición de prueba en tal sentido. En efecto, la provisión establecida en la ley de ritos se ciñe a la etapa declarativa del proceso –y no en todas sus vicisitudes–, no a su ejecución. Esta realidad conlleva cuestiones similares a las planteadas con la ampliación del peritaje o el acuerdo de éste por diligencia final, que tampoco prevén provisión, si bien en estos dos últimos casos la remisión al régimen de la prueba pericial en el período declarativo permitiría forzar una aplicación de la provisión.

