

## Capítulo Noveno

### Conclusiones fundamentales

En la primera parte de esta obra se han repasado los elementos fundamentales del régimen probatorio pericial y sus principales problemas de índole práctica. Con más detenimiento se han estudiado en esta segunda parte cuestiones relacionadas directa o indirectamente con el coste de la justicia civil en general y del peritaje en particular. De ahí que para finalizar esta segunda parte convenga recapitular sobre los aspectos de mayor interés relacionados con la economía del proceso y el peritaje.

#### I. La naturaleza jurídica del peritaje en el proceso civil español

1. El estudio de la naturaleza jurídica de cualquier institución jurídica en ocasiones acaba por convertirse en una necesidad formal vacía de verdadero significado. Sin embargo, basta delinear los trazos fundamentales del peritaje en el proceso civil español para darse cuenta que una u otra posición dogmática es fecunda a la hora de afrontar los problemas prácticos generados en el foro, por mucho que el régimen jurídico establecido por el legislador ordinario restrinja ciertas opciones, oportunas para una u otra tesis sobre la naturaleza jurídica que se acoja. Con todo, conviene afirmar que no siempre debe someterse el jurista a la declaración expresa que en la ley pueda apre-

ciarse sobre la naturaleza jurídica de una institución. Por mucho que quiera, el legislador no puede imponer apreciaciones propias de quien estudia y aplica el Derecho, siempre y cuando la interpretación de la ley no acabe vulnerando la propia ley.

2. En cualquier caso, entendemos que el peritaje funciona como un evidente auxilio al juzgador, sin desmerecer su categoría procesal como medio de prueba, alternativa efectivamente establecida en el texto legal hoy vigente. Es lo cierto que son destacables las particularidades de este medio de prueba en relación con el resto, mas el reconocido auxilio que el perito brinda al personal jurisdiccional no deja de ser un medio de prueba y como tal se desenvuelve, aun con especialidades.

## II. Peritaje y tutela judicial efectiva

1. La vinculación existente entre la tutela judicial y el peritaje, cuyo uso se encuentra significativamente enlazado con el derecho constitucional a la prueba, incide especialmente en las consecuencias extraíbles de su naturaleza jurídica. Si consideramos que prevalece el carácter auxiliar de la función pericial, como parte intrínseca de la labor juzgadora –pues precisa ésta de aquélla para concluir su decisión–, los litigantes no habrían de abonar el coste pericial del mismo modo que no satisfacen directamente la retribución juzgadora –lo hacen a través de la carga tributaria correspondiente, como cualquier ciudadano, litigante o no–.

2. Nótese que, aún sin peritaje, la decisión juzgadora esquivará del *non liquet*. Efectivamente, siempre acaba teniendo lugar, poniendo en juego las reglas de la carga de la prueba para determinar el Derecho. No se trata tanto de lo que es justo objetivamente sino de aquello que resulte de la actividad litigante formalmente guiada por el juzgador en el caso concreto. Si una parte no presenta un peritaje necesario, pese a que el juzgador advierta de su idoneidad, puede perder el pleito, del mismo modo que lo haría cuando no presentase el documento funda-

mental que constata la existencia de un contrato negado por la contraria, o el testigo presencial que afirma sin tacha alguna la realidad de un negocio efectuado en forma verbal. Tanto el documento como el testigo permitirían al juez decidir justamente. Sin ellos apreciaremos una injusticia material, pero no una sentencia desestimatoria incorrecta jurídicamente hablando. La parte es responsable de aportar al proceso los elementos que permitan al juez resolver a su favor. Si no lo hace sufrirá el perjuicio que corresponda.

3. A través del peritaje pueden obtenerse hechos, bien indirectamente, por ejemplo cuando se reconstruye la declaración de un testigo sesgado, bien directamente. Ocurre esto último con el hecho psíquico en cuanto a tal, con datos técnicos concretos, con la causalidad de un suceso, que inevitablemente es fáctica y no jurídica. De ahí las reglas del *onus probandi* que se mantienen en el terreno *causal* para el actor, por mucho que opere una inversión de la carga en otros ámbitos, por ejemplo para la *culpa* de las lesiones sufridas en accidentes de tráfico. Incluso la máxima de experiencia podría catalogarse como hecho de la vida, de la realidad, pues lo es a no dudarlo.

Pero aunque se niegue el contenido netamente fáctico que de continuo se alumbrá, no debiera caerse en el error de que al ser necesario para la mejor justicia se justifica el desprendimiento del deber de las partes, redundando en el auxilio al juez y su consecuente coste en último caso. Precisamente, la *ratio essendi* del razonamiento acaba por colocarse en la idea de decidir mejor, “en justicia”, planteamiento que erige al juez por encima de las partes en todo sentido, una socialización difícilmente comprensible que llevada a sus últimas consecuencias acabaría en la iniciativa oficial para “hacer justicia civil” a modo de aquellos supuestos que lo permiten en el proceso penal —y que casi nunca se llevan a cabo—.

4. Estas justificaciones sólo se observan cuando media el interés general, un interés público que suprime la exclusividad en la iniciativa probatoria y/o auxiliadora y que se ubica en el proceso civil no dispositivo. Cuando ese interés aparece en el proceso civil dispositivo cabría utilizar de ese tipo de fundamentación. Tal interés nunca habría de confundirse con el del valor constitucional de la Justicia (artículo 1.1 CE) y la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) a la que todo ciu-

dadano tiene derecho, pero bajo la configuración legal apropiada a sus características intrínsecas, que separa el carácter dispositivo del no dispositivo en el terreno sustantivo. Y esto no varía por mucho que el acceso a la jurisdicción y al debido proceso sean de naturaleza pública y como tales indisponibles.

### III. El riesgo de la privatización y la necesidad de una reforma en materia de justicia gratuita

1. Sustener el carácter probatorio del peritaje y la atribución al litigante interesado excluye el carácter público de su labor en el campo económico del proceso civil dispositivo. El particular no evita reconocer los peligros de esa privatización, sin perjuicio de que el término empleado se muestre, en realidad, equívoco desde el momento en que nada se “privatice” si antes no era público. Y fuera de la excepcionalidad contenida en el artículo 340 LEC/1881 —que nunca debió convertirse en la regla que muchas veces funcionaba en la práctica— el peritaje siempre se colocó como asunción privada.

2. Por un lado el coste presupuestario de cualquier peritaje constituye un objetivo inasumible de todo punto, al menos a la vista del índice actual de litigiosidad civil. Sólo cuando conste un interés público relevante cabe asumir ese gasto en lugar de la parte. Pero no es lo mismo ese interés general justificador de la iniciativa de oficio que el motivador de la gratuidad. Aquél entronca con la configuración legal del proceso civil como cauce de resolución de conflictos sustantivamente públicos o con incidencia *super partes*. La gratuidad emerge por encima de la naturaleza del interés de fondo o sustantivo, que puede ser privado, para vincularse no al derecho sustantivo latente en todo proceso sino al proceso mismo: el derecho de acceso a la jurisdicción y obtención de modo efectivo de la tutela judicial, incluyendo tanto la decisión no motivada en derecho como el derecho a la prueba.

Al margen de esa situación de mínimos no parece lógico que el beneficio final y exclusivamente privado redunde en un litigante a

costa de la sociedad toda. En consecuencia resulta relativamente sencillo distinguir entre intereses superiores a las partes que dependan del objeto de discusión (el fondo sometido a debate en cada proceso) e intereses generales que existen independientemente de lo que el litigante promueva como pleito. En este segundo ámbito debe asumirse que ningún ciudadano puede sufrir por razones meramente económicas la falta de medios estándares de defensa y prueba para hacer valer los propios derechos. Pero esto nada tiene que ver con que en todo supuesto el juzgador se sobreponga a la iniciativa de cada parte y defienda, al cabo, los intereses de una u otra según advierta la justicia final desconectada de la naturaleza auténtica del proceso civil dispositivo, alzaprimando a toda costa, en definitiva, la siempre inalcanzable verdad material.

3. Y si el sistema de justicia gratuita elimina los inconvenientes económicos que suscita la capacidad de las partes a un nivel de mínimos fundamentales, nunca podrá alegarse la necesidad de igualdad entre litigantes para explicar por qué el juez, sin que medie un interés general, acaba por realizar actividad oficial que directamente favorecerá a una u otra parte. A la vista el alto coste del peritaje, es conveniente reconocer que las reglas de gratuidad vigentes resultan insuficientes para dar respuesta ajustada a las necesidades de cualquier justiciable en nuestro país, en el plano real y efectivo de la igualdad constitucional.

#### **IV. Provisión de fondos y derecho de exención por su falta**

1. En línea con lo expuesto hasta ahora, la provisión de fondos del perito, novedoso derecho a favor del profesional en la actual LEC, nunca obstaría el derecho a la prueba ni la efectividad de la tutela judicial cuando la justicia gratuita eludiera cualquier sospecha de desigualdad generada por la economía del litigante, situación que no es óptima a día de hoy. Así las cosas, del mismo modo que el abogado de oficio y gratuito satisface el derecho de defensa y asistencia letradas, por mucho que todavía haya supuestos donde plantear críticas –los jui-

cios verbales donde el letrado no es preceptivo—, el perito designado judicialmente y gratuito satisface el medio de prueba contribuyendo a la efectividad de la tutela solicitada. Debe insistirse, sin embargo, en el reconocimiento de que actualmente resulta insuficiente el régimen de gratuidad si admitimos la real imposibilidad que para muchos justiciables supone la contratación de expertos para el proceso.

2. El derecho de exención —no su obligatoriedad— resulta connatural a la noción contractual subyacente a la labor pericial que debe desplegarse en el proceso, excepción obvia del experto funcionarizado (principalmente el médico forense adscrito a tribunales). El deber constitucional de colaboración con la Administración de justicia esquivada una imposición económica que resultaría excesiva si hemos de esperar la declaración de costas procesales que, con todo, no asegura ni el pago del obligado ni el del beneficiado por la condena en costas, pues el perito nunca será legitimado para recibir abono de costas. La doctrina que aboga por la “desprivatización” del peritaje y pone ejemplos en la carestía del experto para un justiciable medio, debería preguntarse si ese experto *puede* soportar, y en su caso *debe*, aunque sólo sea económicamente hablando, no uno sino varios peritajes “a cuenta” —del propio peculio—. Esto induce a pensar que sólo se dedicarían al peritaje en los tribunales los profesionales con suficiente cobertura para resistir, no sólo el autoanticipo sino las muchas veces corriente insolvencia final. Ante esta tesitura el profesional altruista acabaría desapareciendo, sin hacerlo empero la obligatoriedad que como sujeto individual le vincula a la Administración de justicia según los artículos 118 CE y 17.1 LOPJ.

## V. El trámite de aprovisionamiento

1. Un hipotético traslado a las partes de la solicitud de provisión que necesita el perito supone duplicar el trámite de discusión que igualmente cabe por vía de reposición. Resulta más conveniente requerir una solicitud motivada del perito con el objetivo de que el juzgador pueda decidir mejor, sea la concesión íntegra de lo solicitado, sea la reducción de la cuantía pedida. Obvio es decir que denegar

cualquier cantidad cuando la provisión es procedente suprime *contra legem* el derecho y, cuando menos, abre directamente la vía de la exención. En el caso concreto podría el juzgador intentar que el perito renunciase al anticipo, tarea que por principio de normalidad parece utópica, y por supuesto extralegal.

2. La determinación de la cuantía de la provisión no puede suponer adelantar la futura y siempre eventual tasación de costas en lo que al peritaje refiere, sin que la actual legislación permita flexibilidad en los plazos de cumplimiento o generación de un fraccionamiento en el abono, salvo si el perito accediera voluntariamente a trabajar incumplidos los términos de la provisión solicitada o judicialmente reducida.

El inconveniente fundamental del fraccionamiento residiría en el tratamiento de la exención, pues el derecho a la misma renacería con cada fracción impagada, comportando serios problemas en la realización del peritaje mismo.

3. Tampoco es posible la reapertura del plazo para solicitar una provisión de fondos, al amparo de un cambio sobrevenido de circunstancias, si bien el particular enlaza con las hipótesis *lege ferenda* en el terreno de la ampliación del peritaje que suponga nuevos costes adicionales para el experto.

## **VI. Las limitaciones del ejercicio del derecho de exención**

1. El ejercicio del derecho de exención imposibilita un nuevo nombramiento de perito, pero debe reconocerse que difícilmente actuaría otro profesional cuando uno anterior ha rechazado la tarea por no percibir provisión y alertarse el riesgo de impago. El riesgo de dilaciones aconsejan no reiterar lo que se adelanta infructuoso de nuevo. Se advierten sin embargo hipótesis donde no sólo desaparece la exención, sino que se suprime el eventual adelanto económico y, siquiera, se sustituye por algún tipo de aseguramiento, reabriéndose con crujeza la obligación de colaborar a crédito por parte del profesional.

2. Ocurre con la ampliación de peritajes o la diligencia final por la que éstos pueden llegar a ordenarse. La justificación quizás obedezca a la limitación del tiempo procesal, lo que vuelve a conectar con la interdicción de dilaciones indebidas. Mas el poco espacio procedimental que un trámite de provisión añadiría deviene superfluo cuando, efectivamente, el perito deba adelantar de su propio bolsillo el coste de su trabajo, algo que no parece de recibo por ser un esfuerzo inexigible para cualquier otro colaborador permanente u ocasional de la Administración de justicia. Por eso la aplicación del régimen general de la prueba pericial en la etapa declarativa pueda ser aplicado, también en lo referente a la provisión de fondos, tanto a los supuestos de prueba anticipada como a los casos de dictámenes acordados por diligencia final.

## **VII. La discusión *ex parte* de la cuantía judicialmente acordada como provisión**

1. El Juzgado funciona como mero tramitador de la entrega de la provisión de fondos previamente acordada y satisfecha en su Cuenta de Depósitos y Consignaciones. Ni puede convertirse en depositario permanente de la misma, transformando su naturaleza hacia la nota meramente asegurativa de solvencia en el pago futuro, ni puede efectuar ningún tipo de retención total o parcial bajo condición alguna, como por ejemplo esperar la resolución de un recurso de reposición que discuta la cuantía resuelta como provisión. Este remedio impugnativo no es suspensivo en ningún aspecto y el juzgado no puede erigirse en legislador y asignárselo. Si tuviese lugar el retraso en el abono las partes discutirían con razón el ejercicio del derecho de exención por cuanto habrían cumplido con el presupuesto que lo impide. Pero es lo cierto que el perito no habrá recibido la provisión a la que tiene derecho y cuya falta vincula la decisión de eludir el encargo.

2. Es posible considerar que mientras el perito no perciba anticipo alguno tampoco se le pueda requerir a fin de que cumpla su tarea experta, sin que el proceso prevea un plazo preclusivo que coloque en

su voluntad hacer o no el peritaje encomendado, siempre que en el plazo indicado la parte haya cumplido y provisione. La dilación sería atribuible al órgano judicial, y las partes interesadas (y perjudicadas) se resignarán a ese lapso temporal añadido sin sufrir el mayor perjuicio que significaría la pérdida del derecho de prueba propuesto y admitido.

## **VIII. La renuncia implícita al medio de prueba pericial**

1. No abonar la provisión acordada o hacerlo de un modo incompleto impone el riesgo de que el perito se acoja a su derecho de exención. Pero desde la perspectiva de la parte obligada al abono, con el impago se asume la eventual pérdida del derecho de prueba pericial, a modo de una renuncia implícita del mismo, condicionada a la voluntad del experto en el caso concreto. Precisamente por ello, la actitud procesal de la parte obligada a provisionar, no se puede utilizar como acto propio perjudicial y limitar capacidades probatorias cuando el perito no hubiera activado su derecho de exención.

El litigante contrario tampoco puede plantear el decaimiento de la prueba si no se cumplió la condición de la implícita renuncia. Asimismo, parece conveniente que el derecho de exención se manifieste expresamente, si bien la ley no establece plazo alguno para hacerlo y el silencio del experto habría de romperse tras un requerimiento explícito del juzgador.

2. Cuando se trata de un peritaje conjunto en el que una de las partes obligadas a proveer fondos no lo hace, el resto debe asumir el total si desea mantener el peritaje sin el riesgo –casi seguro– de que el perito ejerza su derecho de exención por no percibir al completo la cuantía que debe anticiparsele.

Si el peritaje contiene extremos comunes no habrá más remedio que pagar o renunciar a una parte de ellos para reducir el coste. Pero si cada litigante incorporó extremos de su interés para cumplimentación del experto, quien no hubiera satisfecho la provisión y le corres-

ponda (por iguales o en otra proposición determinada judicialmente) no merece que la parte contraria satisfaga su coste.

Aunque son otras las alternativas previstas en nuestra ley procesal civil (pagar el total o renunciar), conviene recortar la provisión de fondos en la porción de la parte que no ha pagado, quien con ese comportamiento procesal sí ha renunciado (tácitamente) al medio de prueba pericial en el que en principio había participado.

## IX. El coste pericial sin provisión

1. Aparte los supuestos de justicia gratuita, los costes de la ampliación pericial en la vista o mediante diligencia final instada por la parte en el juicio ordinario correrían, como regla general, a cargo del solicitante, sin que tampoco quepa provisión de fondos en la etapa de ejecución. La salvedad aparece cuando, en supuestos de ampliación exclusivamente, el litigante no proponente pretenda subsanar extremos omitidos voluntaria o inconscientemente por la parte proponente.

2. Descartada la mera complementación, la ampliación en la vista, o la pericial peticionada a través de diligencia final por quien no hubiera sido inicial proponente del peritaje, se convertiría en una prueba propia. Al margen de cuestiones dogmáticas relacionadas con la preclusión en la proposición probatoria, su coste habría de ser asumido por quien la pretenda.

En ningún caso se prevén, expresamente, provisiones de fondos para esos supuestos, por lo que el particular se ventilará en el terreno de las costas procesales, fraguando el anticipo altruista del profesional elegido. En la etapa de ejecución se impone el coste al ejecutado, pero en trámite de costas procesales, sin que *durante* la ejecución esté prevista la provisión de fondos sino la remisión al artículo 241 LEC (artículo 539.2 I LEC), lo que invocando el artículo 539.2 II LEC concluye en el adelanto por parte del ejecutante salvo si la actuación pericial se instara por el ejecutado.

3. Tampoco se aprecia provisión de fondos en el supuesto de dictámenes extrajudiciales, donde el perito designado *ex parte* incorpora su trabajo a la demanda o a la contestación desde el principio. En efecto, ya se habrá pagado *inter privatos* anulando la necesidad de proveer. De no ser así, como la justificación de proveer reside en el anticipo, hecho el trabajo huelga el adelanto, remitiendo la cuestión, de nuevo, al pago extraprocésal, existan o no costas que contemplen el particular con posterioridad.

En ese sentido el gasto pericial extrajudicial se integra en el concepto de costas si ha tenido lugar una intervención procesal del perito, planteándose diversas alternativas. No existiría susodicha intervención cuando la tarea experta sirvió al letrado en su quehacer pero no se incorporó independizada a sus alegaciones. Ni existiría cuando, incorporada a la demanda o a la contestación, se propusiera como medio de prueba y fuese inadmitida, recordando que el traslado acompañado a los escritos iniciales, no provoca una admisión automática como medio de prueba, manteniéndose el control de licitud, pertinencia y utilidad.

4. Cuando los peritajes extrajudiciales se añadieron a la demanda y la contestación pero no se propusieron como medio de prueba en el momento oportuno, de resultar irrelevantes en el devenir procesal se excluirían del concepto de costas, no en cambio en el supuesto contrario. Si precisamente su carácter pacífico entre partes permitió prescindir de su propuesta, formará parte de la justificación entre partes del *factum* entregado al juez como incontrovertido, que se introducirá en la sentencia de ese modo, considerando entonces que el gasto se constata como costa procesal.

5. Cuando se propusiera el medio de prueba pericial y se admitiera por el juzgador, mas luego se aprecie su inutilidad, cabe la exclusión como costa por regla procesal expresa, y el juez no entraría en contradicción más que aparentemente. Admitió porque consideró que el medio era útil y pertinente, pero su juicio fue provisional a los efectos de subsiguiente práctica de prueba, sin que quepa dar la espalda a la inutilidad posteriormente demostrada.

6. Por último, la terminación anormal del proceso sin declaración judicial de costas, que aparece con la transacción o conciliación intra-

procesal homologable, se ajusta al ámbito del pacto privado o a la inclusión del montante económico de gasto pericial como parte del acuerdo económico al que llegaron las partes, impidiendo un trámite de tasación de las inexistentes costas, y eludiendo una posterior ejecución forzosa sino del título judicial todo.

## **X. El coste del perito recusado**

1. El perito recusado tiene derecho a retener la provisión de fondos recibida y convertirla en liquidación final de su actuación procesal, bajo el concepto de costa, siempre y cuando esa actividad intraprocesal, efectivamente producida, haya tenido lugar antes de que el experto se conociera recusado por causa sobrevenida.

2. La excepción nacerá cuando el profesional hubiera sido consciente de la causa de recusación, silenciándola a sabiendas, sin importar entonces cualquier otra consideración para exigir la devolución del total percibido en concepto de provisión. Y se debe presumir que era su responsabilidad conocer eventuales causas de recusación desde la perspectiva de la abstención, por lo que no consideramos necesario que se pruebe su específica mala fe.

## **XI. La reclamación económica del perito**

1. El perito puede reclamar lo debido y no satisfecho anticipadamente, a través del procedimiento que corresponda según la cuantía –juicio ordinario, verbal, monitorio–, sin necesidad de esperar que el proceso para el que ha trabajado finalice.

2. No obstante, el experto no se encuentra legitimado para impugnar una tasación de costas indirectamente desfavorable a sus intereses, por

mucho que quepa su intervención en ese trámite impugnativo promovido por un litigante. Pero quizás sería conveniente otorgar al experto, también, los cauces disponibles para otros profesionales contratados por las partes, como son el abogado y el procurador, agilizando sobremanera los tiempos y costes procesales que de otro modo se generarán en perjuicio del profesional; o equiparar la costa procesal pericial a la resolución que determina la indemnización del testigo, que funciona como título de ejecución judicial (artículos 375.2 y 517.2.9º LEC).

