

INTRODUCCIÓN

¿Puede ser internet fuente de conocimientos?.

¿Puede el Juez aplicar en la valoración de una prueba pericial conocimientos técnicos adquiridos en otros pleitos que resulten contrarios a los ofrecidos en la prueba pericial de los autos que resuelve?, ¿cómo podría introducir tales conocimientos en el debate?. (osteofitos)

Esta situación se contempla en la **sentencia de la A.P. de Barcelona (Sección 19ª) de 6 de octubre de 2010** en la que se señala lo siguiente sobre la **valoración de un casco** en un accidente de tráfico, cuyo precio fue consultado por el Juez en internet: "Debe señalarse por una parte que la actividad probatoria de la actora durante el procedimiento ha sido más bien pobre, lo que ha obligado al Juez de instancia a elaborar su resolución en base a presunciones, cosa que por otra parte es perfectamente admisible. Pero una cosa son las presunciones y otra las suposiciones, que en forma alguna son admisibles en el procedimiento civil. La parte actora, conforme a lo prevenido por el art. 217 de la LEC debió acreditar que el casco resultó dañado. Tampoco resulta recomendable en el proceso civil, regido por los principios dispositivo y de aportación de parte, que el Juez considere notorios determinados hechos, conforme a lo prevenido por el art. 281.4 de la LEC, por haber consultado por iniciativa propia determinados datos por Internet (en este caso el valor más barato de un casco). En el proceso civil las pruebas las aportan las partes (art. 216 de la LEC y salvo previsión en contrario para casos especiales) y los hechos notorios sólo son precisamente los que gocen de notoriedad absoluta y general, y desde luego deja de ser notorio un dato para cuya obtención haya que efectuar una mínima investigación por internet. Por tanto, debe estimarse el recurso en este punto."

Valentín Cortés Domínguez: "Distinto es el problema en lo que se refiere a la manifestación de principio de aportación de parte en la parcela probatoria. Nuestra ley propicia un sistema probatorio en donde las partes tienen prácticamente todos los poderes convirtiendo al órgano judicial, igualmente aquí, en un mero espectador. En alguna ocasión hemos sostenido que si la Ley deja en manos de las partes el ejercicio de la tutela jurisdiccional y la determinación del material de hecho sobre el que se va a juzgar, no tiene el menor sentido que sean las partes y no el Juez quienes tengan la dirección material del proceso o, dicho en otras palabras, la capacidad probatoria dentro del mismo."

Realmente en nada queda afectado el conjunto de principios constitucionales que anteriormente hemos estudiado, y por supuesto en nada queda afectada el principio de la imparcialidad judicial, por el hecho de que el Juez, una vez que se han delimitado los confines de su actuación judicial, tuviera los más amplios poderes de dirección material del proceso para así poder adquirir en el mismo la más precisa certeza de los hechos. La extralimitación que hace nuestra ley de los poderes de las partes en materia probatoria no tiene justificación alguna; no olvidemos que en nuestro sistema procesal el Juez está sometido igualmente a la valoración legal que de las pruebas hace el legislador, que incluso está sometido a un mecanismo como el de la ficta confessio del art. 549, que en ocasiones sus limitaciones son tan amplias y tan escandalosas como que se le puede imponer dictar sentencia sin practicar prueba (art. 552) y que en pruebas tan importantes, en el caso concreto, como la de peritos se somete por exceso al poder de las partes (art. 613). Si a ello añadimos que no puede ordenar durante el período de prueba la práctica de ningún medio probatorio y los ridículos poderes que tiene en la prueba de testigos o en la de confesión, comprenderemos que su intervención es absolutamente limitada y que esa limitación no tiene justificación alguna en la naturaleza del derecho material que se pone en juego en el proceso.

Si esta situación la contemplamos desde un punto de vista distinto, diríamos que el sistema probatorio civil español no propicia por sí mismo la obtención de sentencias justas y adecuadas íntimamente al derecho. Siendo así, y no existiendo razones que impongan tal solución, que tengan su raíz en el derecho material, a nosotros nos parece que puede chocar con la Constitución un sistema como el que estamos describiendo, pues la imparcialidad que se consigue con un Juez meramente espectador de lo que las partes hacen en materia probatoria no es la que quiere la Constitución. La Constitución quiere un Juez únicamente sometido al imperio de la ley, pero con un sometimiento no ciego, no formal, sino consciente del como y del por qué del mismo. En efecto, el hecho de que el proceso sea un mecanismo de tutela jurídica al servicio de las partes no significa que estas tengan en aquél una situación tal de predominio que dejen al órgano judicial reducido a un mero sentenciador, porque si fuera así el órgano judicial no sentenciaría únicamente sometido al imperio de la ley, sino más precisamente sometido al capricho del imperio de las partes; un Juez que se ve obligado, a su pesar, a dictar sentencia en un proceso seguido sin prueba, por la exclusiva voluntad de las partes, es un Juez sometido formalmente a la ley y sustancialmente a la voluntad de las partes.

Creemos que es muy importante acabar con la ficción que atribuye al principio de aportación de parte un fundamento jurídico basado en la naturaleza del derecho material: no tiene ese fundamento ni ningún otro. Sólo la actuación del órgano judicial con la ayuda de la de las partes puede dar sentido a la actividad probatoria y puede dar ocasión al Juez de dictar sentencia cuando se lo pidan las partes, sobre lo que las partes le hayan pedido y con la absoluta certeza de que se ha obtenido la verdad sobre los hechos enjuiciados".

Internet en los juicios hoy (ganvam).
¿Se acude a internet porque es más barato?

DICTAMEN PERICIAL EXTRAJUDICIAL O DE PARTE.

1.- JURAMENTO.

**Artículo 335. Objeto y finalidad del dictamen de peritos.
Juramento o promesa de actuar con objetividad.**

"1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los **conocimientos correspondientes** o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.

2. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, **bajo juramento o promesa de decir verdad**, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito.

3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto".

¿Es susceptible de subsanación la ausencia o defecto en la fórmula de juramento del perito en el acto de ratificación y sometimiento a contradicción de la pericia?.

Si se admite la subsanación, ¿qué valor tiene ese "dictamen" con fórmula de juramento subsanada, la de prueba pericial o la de prueba documental y testifical?.

a) con subsanación. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Enero del 2012: "..., y aun cuando es más problemático que quepa admitir la idoneidad del informe como tal pericial cuando no consta en el mismo la previsión del art. 335.2 LEC relativa a la manifestación "bajo juramento o promesa de decir verdad que ha actuado con la mayor objetividad posible" (que difícilmente es sustituible por la expresión que consta en el de autos), sin embargo no cabe desconocer que el mismo informe fue ratificado en otro proceso relacionado con el de autos (...) y que, como la propia parte recurrente reconoce, **cabe la valoración como prueba documental**, de ahí que no quepa excluir toda eficacia probatoria por inidoneidad, y sin perjuicio de que por el juzgador que conoce en instancia - primera, o apelación- atribuya al elemento probatorio la fiabilidad y la eficacia probatoria que estime adecuadas **conforme a las reglas de la sana crítica** en ejercicio de su función soberana de valoración de la prueba".

b) sin subsanación. STS de 10/10/2011: "Consta que la parte actora presenta con la demanda informe técnico, en el que se incumple lo dispuesto en el art. 335.2 LEC, dado que no se jura ni promete decir verdad ni actuar con objetividad, por lo que el informe **no tiene el carácter de prueba pericial**, máxime cuando tal consideración no se subsana en el acto del juicio, pues el técnico no es llamado al mismo (art. 337.2 LEC), por lo que dicho dictamen tiene la **mera naturaleza de documento privado** y como tal debe ser valorado, lo cual **no le priva de toda fuerza**, pues deberán apreciarse los **datos objetivos** contenido en el mismo, en particular, cuando refleja hechos constatables gráficamente, máxime cuando como en este caso coinciden con los de la pericial del Consorcio..."

En la jurisprudencia menor sobre el valor probatorio del dictamen sin juramento y no ratificado, cabe citar la SAP Guipúzcoa, sección 3ª, de 01 de Abril del 2009 [ROJ: SAP SS 843/2009] Ponente: JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL: "el mismo no se contienen las prescripciones del art 335-2 de la L.E.Civil relativas al juramento o promesa y tampoco se solicita la intervención del mismo en el acto del juicio (art 337-2 de la L.E.Civil) por lo que el defecto no ha podido ser subsanado y en consecuencia, el mismo carece de la virtualidad de dictamen pericial y **nos encontramos ante un documento** al que resultarían de aplicación las prescripciones del art 326 de la L.E.Civil" (es decir, sigue el criterio de la STS de 11 de Enero del 2012 [ROJ: STS 235/2012]).

En torno a estas cuestiones conviene destacar que hay abundante controversia jurisprudencial. ¿Cuándo debe prestarse el juramento?

a) el juramento en el juicio. La SAP Madrid, sección 12ª, de 15 de Junio del 2009 destaca que **la manifestación del juramento o promesa tiene en realidad sentido cuando el perito lo expone ante el Tribunal y en su presencia, y no cuando lo redacta, pues hasta entonces no es más que un documento privado y a la exclusiva disposición de la parte, ante quien carecería de sentido un compromiso de veracidad.**

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, Sentencia de 21 Abr. 2008, rec. 6/2008 Ponente: Riaza García, Jaime. Nº de Sentencia: 76/2008 Nº de Recurso: 6/2008 "...por último es claro que el art. 335.2 se refiere a la promesa o juramento que debe prestar el perito en el acto del juicio, de modo que su omisión en el informe no es vicio que lo invalide como medio de prueba y menos aún cuando en el caso revisado la parte tampoco requirió su subsanación"

b) **el juramento al emitirlo.** Por el contrario, **la SAP Madrid, sección 14ª, de 15 de Octubre de 2009**, señala que el artículo habla del juramento "al emitir el dictamen" y se inclina por permitir su subsanación con valor de pericial si se produce antes de la Audiencia Previa, pues de otra forma considera que existe riesgo de indefensión de la parte contraria, al dejarla sin la posibilidad de reaccionar pidiendo otro informe pericial, o perjudicando las posibilidades del Art.427 L.E.C.

Como resumen, señala **la SAP Madrid, sección 12ª, de 19 de Mayo de 2010**, si analizamos las posiciones de los distintos Tribunales sobre las consecuencias de esta omisión, vemos que en su inmensa mayoría se decantan por rechazar la ineficacia del dictamen, incluso las posturas más estrictas optan en su caso por considerar que la omisión de tal requisito, si bien impide que el dictamen y su posterior ratificación sean tenidos en cuenta como prueba pericial, no impide que ambos sean valorados, respectivamente, como **prueba documental y testifical** por parte del juzgador de instancia.

Permiten la subsanación las siguientes sentencias: SAP Madrid, sección 14ª, de 27 de Julio de 2010, SAP Tarragona, sección 3ª, de 15 de Octubre de 2006, SAP Alicante, sección 9ª, de 01 de Junio del 2009, SAP Islas Baleares, sección 5ª, de 26 de Mayo de 2011, SAP **León**, sección 2ª, de 23 de Septiembre de 2009, SAP Madrid, sección 12ª, de 15 de Junio del 2009, sección 4ª, de 18 de Septiembre de 2008.

Un nutrido grupo de sentencias, valoran la prueba como **documental y testifical** consideran que la actuación del autor del informe (sin fórmula de juramento, luego ratificada en juicio) es la propia de un testigo-perito: SAP Tenerife, sección 1ª, de 28 de Enero de 2011, SAP Madrid, sección 12ª, de 19 de Mayo de 2010, sección 20ª, de 02 de Diciembre de 2009, SAP Islas Baleares, sección 4ª, de 17 de Noviembre del 2009.

tres cuestiones de interés:

1.- En torno a esta cuestión, destaca la **SAP Madrid, sección 14ª, de 15 de Octubre de 2009**, que ello tendrá repercusión en el ámbito de las **costas** procesales, pues no es lo mismo el coste económico como documento ratificado en vista, cuyo importe es el de asistencia de su autor como testigo a la vista, que su tratamiento como informe pericial repercutible en costas al amparo del Art. 241.1.4º L.E.C.

2.- Por último, un grupo de sentencias entienden que para que esta omisión pueda tener algún efecto por ser demostrativa de que el perito designado por la parte

demandante no ha actuado bajo los principios de objetividad e imparcialidad, se ha de acudir a la **tacha de peritos**: SAP Islas Baleares, sección 4ª, de 17 de Noviembre del 2009 y SAP Madrid, sección 12ª, de 19 de Mayo de 2010.

3.- El papel del juez en la subsanación.

NUESTRAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.

LEÓN.

SAP de León de 2 de marzo de dos mil doce: "En relación con las exigencias formales previstas en el artículo 335.2 de la LEC, los criterios de las Audiencias Provinciales es divergente, pero este tribunal considera que **el juramento prestado en el acto del juicio** por el perito es suficiente para entender cumplido el requisito formal de dicho precepto que se ha de entender subsanable (en el mismo sentido, sentencias de la Sección 13ª de la AP de Madrid de fecha 16 de enero de 2009 y de la Sección 1ª de la AP Tarragona, de fecha 21 de febrero de 2006, entre otras). Incluso sin juramento o promesa de decir verdad se llega a admitir eficacia probatoria a un informe pericial en el acto del juicio se entiende que el dictamen presentado puede tener eficacia probatoria como prueba documental: "El informe aportado por la demandante no ha observado la prevención establecida en el artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre la declaración de imparcialidad del perito. El citado artículo establece: "...". Tampoco se subsanó la ausencia del requisito en el acto del juicio porque a D. ... no le fue recabado el juramento o promesa. Sin embargo, la consecuencia no es la privación absoluta de valor probatorio, sino la degradación del informe al de un documento privado, que habrá de valorarse conforme a las reglas de la sana crítica y conjuntamente con el resto de la prueba practicada, al igual que el testimonio del tasador que lo emitió y ratificó en el acto del juicio "(sentencia de la Sección 14ª de la AP de Madrid de fecha 10 de julio de 2009).

SAP de León de 29 de Julio de dos mil nueve: En relación con el informe del perito de la parte demandada, la Juez de Instancia invocó el artículo 335.2 de la LEC para proclamar su falta de idoneidad formal y no valoró el mismo como prueba pericial, lo cual entiende la parte recurrente que provoca la nulidad de actuaciones por causar indefensión, solicitando la práctica de la prueba en esta segunda instancia. En el ámbito de la jurisdicción civil, la doctrina de las Audiencias Provinciales es muy variada desde la más laxa que no otorga eficacia sustancial al juramento exigido en el precepto indicado (SAP Guipúzcoa, Secc. 2ª, 19-11-2007, SAP Valladolid, Secc. 1ª, 3-10-2002, SAP Gerona, Secc. 1ª, 16-2-

2006) hasta otras que, con mayor o menor rigor, consideran que el juramento prestado en el acto del juicio por el perito es suficiente para entender cumplido el requisito formal del artículo 335.2 de la LEC (SAP Madrid). Incluso las que con más rigor se manifiestan dejan la vía abierta a la valoración del informe como prueba documental adverada y contrastada por su autor en el acto del juicio. **Desde luego, mantener el criterio de la Juez de Instancia, estrictamente rigorista en esta materia, que no permite ni siquiera la aclaración de ninguna cuestión por el autor del informe en el acto del juicio, se considera perturbador para las partes litigantes, introduce un claro elemento de desequilibrio entre los litigantes, que no puede ser compartido por este Tribunal de apelación.** Por tales motivos, habiendo sido admitida la prueba pericial en esta alzada, y haciendo las anteriores argumentaciones a efectos de fijar el criterio de este Tribunal sobre la cuestión, procede seguir analizando el resto de cuestiones planteadas”.

ASTURIAS.

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, Sentencia de 16 Jul. 2013, rec. 623/2012 Ponente: Terán López, José Manuel. N° de Sentencia: 323/2013 N° de RECURSO: 623/2012: “Aunque el informe pericial elaborado por D. Gregorio, no contenga los requisitos que señala el Art. 335.2 de la LEC, ello no debe conllevar la falta de validez del mismo; así lo establece la STS de 11 de enero de 2012, al resolver un recurso extraordinario por infracción procesal basado en que se otorgaba eficacia probatoria a un informe pericial aportado por la demandada antes de la Audiencia Previa al Juicio, que carecía del requisito previsto en el Art. 335.2 LEC, y que no fue ratificado en el acto del juicio oral al no comparecer el perito; señalando que no es ineludible la ratificación en juicio de dichos informes periciales denominados “de parte”, y aun cuando es más problemático que quepa admitir la idoneidad del informe como tal pericial cuando no consta en el mismo la previsión del art. 335.2 LEC relativa a la manifestación “bajo juramento o promesa de decir verdad que ha actuado con la mayor objetividad posible” cabría la valoración como prueba documental, de ahí que no quepa excluir toda eficacia probatoria por inidoneidad, y sin perjuicio de que por el juzgador que conoce en instancia - primera, o apelación- atribuya al elemento probatorio la fiabilidad y la eficacia probatoria que estime adecuadas conforme a las reglas de la sana crítica en ejercicio de su función soberana de valoración de la prueba.

Aplicando dicha doctrina al presente supuesto, el perito ratificó su informe en ambas instancias y prometió actuar con la máxima objetividad, por lo que aun careciendo del

requisito del art. 335.2 de la LEC ello no conlleva que no pueda ser valorado el mismo".

2.- LA RATIFICACIÓN.

¿Es necesario que el dictamen pericial de parte sea ratificado, al menos, ante el Secretario Judicial, ex art. 289.3 LEC ("Se llevarán a cabo ante el Secretario Judicial (...) la mera ratificación de de la autoría del dictamen pericial, siempre que tengan lugar fuera de la vista pública o el Secretario judicial estuviera presente en el acto.")?.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Enero del 2012 da respuesta a la cuestión: "Respecto de la primera cuestión procede señalar que resulta acertada la apreciación de la sentencia recurrida en cuanto estima que **no es ineludible la ratificación en juicio de dichos informes periciales denominados "de parte"**".

No es requisito imprescindible la ratificación del dictamen pericial extrajudicial para la SAP Granada, sección 3ª, de 16 de Abril de 2010, para la SAP Almería, sección 1ª, de 09 de Junio del 2004, ni para la SAP Cádiz, sección 8ª, de 12 de Noviembre de 2002.

SAP de Baleares Civil sección 3 del 22 de julio de 2014 (ROJ: SAP IB 1526/2014) Sentencia: 228/2014 |Recurso: 114/2014| Ponente: MARIA ROSA RIGO ROSSELLO "Naturalmente, esta doctrina ha sido recogida por la Jurisprudencia, y así ha de merecer extensa cita lo que al respecto se razona en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2009, que, si bien dictada por su Sala Tercera, se fundamenta en los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al decir lo siguiente: "No se exige la ratificación del dictamen pericial adjunto a la demanda como condición necesaria para su validez y eficacia como tal prueba pericial. Al contrario, el artículo 347 de la Ley Procesal Civil establece que "los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, **que el tribunal admita**"; y el artículo 429.8 de la misma Ley señala que" cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales, y ni las partes ni el tribunal solicitaran la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe, el tribunal procederá a dictar sentencia, sin previa celebración del juicio, dentro de los veinte días siguientes a aquel en que termine la audiencia". De ambos preceptos se desprende con claridad que si ninguna de las partes o el Tribunal solicitan la ratificación o aclaraciones al dictamen pericial, el mismo constituye un medio de prueba plenamente útil y eficaz como tal pericial sin necesidad de ratificación alguna (sin perjuicio, por supuesto, de la valoración que merezca al órgano jurisdiccional a la hora de resolver el litigio). Por

eso, no cabe rechazar sin más consideraciones un dictamen pericial oportunamente aportado al pleito con la demanda, so pretexto de que no se interesó su ratificación, al no ser esa ratificación preceptiva sino dispositiva por las partes y el Tribunal". En igual sentido, a denominada Jurisprudencia menor (Sentencias de la Audiencia Provincial de Albacete de 11 de diciembre de 2007 y 15 de abril de 2009, de Málaga de 24 de marzo de 2009, de Vizcaya de 19 de febrero de 2009, de Murcia de 14 de marzo de 2005, de Barcelona de 9 de diciembre de 2008, de Murcia de 14 de diciembre de 2004, y de Tarragona de 13 de marzo de 2009, entre otras) señalan que ello no deja de ser una traslación, salvadas sean las especialidades propias ya señaladas de la Ley de Enjuiciamiento en vigor, de la conocida doctrina ya mantenida de antaño por el Tribunal Supremo **respecto de la prueba documental**, comprendida por ejemplo en las Sentencias de 4 de diciembre de 1993 y 6 de mayo de 1994 de que: "Incluso es doctrina reiterada de esta Sala que la falta de adveración en el proceso de un documento privado no le priva en absoluto de valor y puede ser tomado en consideración, ponderando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del debate (SS 11 mayo 1987, 20 abril 1989, 11 octubre 1991, de 23 junio y 16 noviembre 1992 ó 4 diciembre 1993), que es lo ocurrido".

3.- LA APORTACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

Artículo 336. Aportación con la demanda y la contestación de dictámenes elaborados por peritos designados por las partes.

1. Los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación, si ésta hubiere de realizarse en forma escrita, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337 de la presente Ley.

2. Los dictámenes se formularán por escrito, acompañados, en su caso, de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia. Si no fuese posible o conveniente aportar estos materiales e instrumentos, el escrito de dictamen contendrá sobre ellos las indicaciones suficientes. Podrán, asimismo, acompañarse al dictamen los documentos que se estimen adecuados para su más acertada valoración.

3. Se entenderá que al demandante le es posible aportar con la demanda dictámenes escritos elaborados por perito por él designado, si no justifica cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquélla hasta la obtención del dictamen.

4. En los juicios con contestación a la demanda por escrito, el demandado que no pueda aportar dictámenes escritos con aquella contestación a la demanda deberá justificar la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar.

Artículo 337. Anuncio de dictámenes cuando no se puedan aportar con la demanda o con la contestación. Aportación posterior.

1. Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal.

2. Aportados los dictámenes conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, las partes habrán de manifestar si desean que los peritos autores de los dictámenes comparezcan

en el juicio regulado en los artículos 431 y siguientes de esta Ley o, en su caso, en la vista del juicio verbal, expresando si deberán exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito.

Artículo 338. Aportación de dictámenes en función de actuaciones procesales posteriores a la demanda. Solicitud de intervención de los peritos en el juicio o vista.

1. Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación a los dictámenes cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia, a tenor del artículo 426 de esta Ley.

2. Los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio se aportarán por las partes, para su traslado a las contrarias, con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista, en los juicios verbales con trámite de contestación escrita, manifestando las partes al Tribunal si consideran necesario que concurran a dichos juicio o vista los peritos autores de los dictámenes, con expresión de lo que se señala en el apartado 2 del artículo 337.

El Tribunal podrá acordar también en este caso la presencia de los peritos en el juicio o vista en los términos señalados en el apartado 2 del artículo anterior.

3.1- EL PROCESO VERBAL PURO.

El desbarajuste lo expresa muy bien la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, Sentencia de 21 Ene. 2011: "La viabilidad de esa prueba pericial judicial en Juicio Verbal con contestación oral, no es sino uno más de los múltiples problemas e interrogantes irresueltos que surgen de la regulación que la actual LEC hace de la prueba pericial y, singularmente, en el Juicio Verbal, que llanamente la desconoce y silencia, hasta resultar dudoso saber si con tal omisión, en realidad, el legislador quiso prohibirla dentro de lo que la Doctrina ha calificado de caos normativo en el contexto de un amplio y desorganizado conjunto de preceptos desperdigados a lo largo del texto legal, y donde el diseño del propio Juicio Verbal común impide el encaje con la práctica de la prueba pericial que se propone y admite tras la contestación a la demanda al romper el principio de concentración y unidad de acto, exigiendo el art. 440 que las partes acudan al mismo con la prueba de que dispongan y no tener otra posibilidad de practicarla, una vez admitida, que acudir, como aquí sucedió, al mecanismo de la interrupción de la vista con apoyo, también forzado, en el art. 193 de la LEC.

3.1.1- Aportación del dictamen pericial extrajudicial por el demandado.

1.2.1. El problema se plantea con la evidente contradicción que existe entre el **artículo 337.1 LEC** (que exige a "las partes", por tanto, también al demandado, aportar "los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse" y que no les fuese posible junto con su contestación "para su traslado a la parte contraria [. . .] en todo caso cinco días antes de iniciarse [. . .] la vista en el verbal") y el **artículo 265.4 LEC** (que señala que "en los juicios verbales, el demandado aportará los [. . .] dictámenes e informes [. . .] en el acto de la vista").

Antes de la reforma del 2009, la cuestión sobre el momento procesal para la presentación de dictamen pericial extrajudicial por parte del demandado en el juicio verbal (puro), sin contestación escrita, había quedado resuelta con la **Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, de 26-3-2007, nº 60/2007**, que señaló que el momento hábil era el acto de la vista.

Tras la reforma operada por Ley 13/2009, ¿cuándo ha de aportar el dictamen pericial extrajudicial el demandado en el juicio verbal? ¿Hay que diferenciar entre juicio verbal "puro" y juicio verbal con contestación escrita?

La respuesta más evidente es la de considerar que el art. 337.1 LEC sólo es aplicable a los juicios verbales con contestación escrita, no al verbal "puro", para el que sigue siendo de aplicación el artículo 265.4 LEC (que señala que "en los juicios verbales, el demandado aportará los [. . .] dictámenes e informes [. . .] en el acto de la vista").

a) a favor de la presentación en el acto del juicio:

Tras la reforma, los argumentos a favor de que el plazo de cinco días sólo afecta a los juicios verbales con contestación escrita, siguen siendo los mismos. Por su interés, se reproducen a continuación algunos de los argumentos utilizados por la doctrina y jurisprudencia:

- El art. 337 LEC sigue refiriéndose a los supuestos en los que las partes no pueden aportar los dictámenes periciales en la fase de alegaciones, y por ello lo "anuncian" en su demanda y contestación.

Sigue sin resolverse la clara contradicción interna que existe en el precepto, que, por un lado, se refiere a la imposibilidad ("si no les fuese posible") de aportar "dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la (. . .) contestación" (en el juicio verbal puro la contestación se hace en la propia vista), y el plazo límite fijado de presentarlos cinco días antes de la vista, cuando es en esa propia vista cuando debería producirse la contestación (oral).

Lo anterior equivale a decir que sólo cabe en los juicios verbales con contestación escrita, pues sólo en ellos se puede hacer la alegación de la imposibilidad de aportación del dictamen (en este sentido GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, en FORO ABIERTO, "Cuál es el momento de aportación de los dictámenes periciales en el juicio verbal puro sin contestación escrita".

Por eso, siguen siendo válidas las opiniones que hacen prevalecer el art. 265.4 LEC, de manera que hay que interpretar que el plazo de los cinco días antes de la vista está previsto **sólo para los verbales con contestación escrita**. Este argumento es utilizado por **la SAP Toledo, sección 1ª, del 15 de Junio del 2011** [ROJ: SAP TO 542/2011] Ponente: GEMA ADORACIÓN OCARIZ AZAUSTRE.

- El art. 337.1 no puede interpretarse en el sentido de que su finalidad es permitir conocer en todo caso al actor el dictamen pericial de la contraparte, porque el esquema legal del juicio verbal reserva al acto de la vista el conocimiento por parte del actor de la estrategia defensiva. El esquema de juicio verbal no permite al actor acudir a la vista

"preparado" para "contraexcepcionar" tanto en el plano jurídico como en el plano fáctico, por lo que no puede argumentarse que el legislador haya querido que el demandado anticipe sus argumentos defensivos en la parte relativa al dictamen pericial extrajudicial (en este sentido TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, en FORO ABIERTO, "Cuál es el momento de aportación de los dictámenes periciales en el juicio verbal puro sin contestación escrita" [EDB 2012/22]).

b) a favor de cinco días antes: en contra de este argumento se pronuncia SAP Cádiz, sección 8ª, de 24 de Noviembre de 2011 [ROJ: SAP CA 1604/2011] Ponente: MARIA DEL CARMEN GONZÁLEZ CASTRILLON.

- En el **debate parlamentario** del proyecto de ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, un grupo parlamentario pretendía con las enmiendas 374 y 375 presentadas en el Congreso de los Diputados (que luego retiró en la Comisión de Justicia del Congreso el 18 de junio de 2009), generalizar el trámite de contestación escrita para todos los juicios verbales que no fueran sumarios ("que en los juicios verbales no sumarios se incorpore el trámite de contestación a la demanda para garantizar la celeridad y los derechos de la parte demandada, igualándolo a los procesos matrimoniales, que son verbales y que también tienen contestación a la demanda" [CORTES GENERALES DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS COMISIONES, Año 2009 IX Legislatura Núm. 315 JUSTICIA, PRESIDENCIA DEL EXCMO. SR. D. ÁLVARO CUESTA MARTÍNEZ, Sesión núm. 16 celebrada el jueves 18 de junio de 2009]). Ello refuerza el argumento de que el legislador estaba pensando, una vez más, en un trámite de contestación escrita para el juicio verbal (este argumento es utilizado por SÁNCHEZ GARCÍA, en Preguntas con respuesta: la prueba a consulta, en Diario La Ley, nº 7794, Sección Práctica Forense, 9 de febrero de 2012, Año XXXIII).

- El art. 338.2 LEC refrenda tal interpretación, cuando al referirse a "la vista", como acto plenario de los juicios verbales, se ciñe "a la vista, en los juicios verbales con trámite de contestación escrita" para permitir (en este caso al actor) aportar "los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda (. . .), para su traslado", en este caso al demandado, "con al menos cinco días de antelación a la celebración (. . .) de la vista". En este sentido, **SAP La Coruña, sección 4ª, de 01 de Marzo de 2012** [ROJ: SAP C 517/2012] Ponente: JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG.

Existe jurisprudencia discrepante sobre la cuestión.

a) **Jurisprudencia que considera que el 337.1 LEC sólo es aplicable al juicio verbal con contestación escrita:** SAP La Coruña, sección 4ª, de 01 de Marzo de 2012, SAP La Coruña, sección 4ª, de 24 de Marzo de 2011, SAP Toledo, sección 1ª, del 15 de Junio del, SAP Tenerife, sección 1ª, de 09 de Septiembre de 2011, SAP Murcia, sección 5ª, de 05 de Julio de 2011 y SAP Ciudad Real, sección 1, de 09 de Noviembre de 2011; **SAP de Logroño Civil sección 1 del 16 de junio de 2014 (ROJ: SAP LO 317/2014) Sentencia: 167/2014 |Recurso: 54/2013 | Ponente: MARIA JOSE MARTÍN ARGUDO (hace un análisis extenso del tema)**

b) **Jurisprudencia en sentido contrario:** SAP Cádiz, sección 8ª, de 24 de Noviembre de 2011, SAP Murcia, sección 5ª, de 18 de Octubre de 2011 y SAP Sevilla, sección 5ª, de 28 de Diciembre del 2011.

AUDIENCIA PROVINCIAL LEÓN (1ª POSTURA)

Auto Audiencia Provincial de León 11 de abril 2.014 Sección Primera Sra. Del Ser: Pericial en Juicios Verbales.

La necesidad de la práctica de Prueba Pericial en esta alzada resulta justificada pues no se comparte el criterio expuesto en Primera Instancia sobre el momento en que debe aportarse el informe pericial en los Juicios Verbales sin contestación escrita.

En el primer motivo de su recurso alega la parte apelante que debió admitirse el informe pericial aportado en el acto de la vista.

No se puede negar que ha sido cuestión discutida, con resoluciones de las Tribunales divergentes, la relativa a si el demandado en un juicio verbal puede presentar dictámenes periciales en el acto de la vista a debe aportarlos cinco días antes de acuerdo con el art. 337,1 de la LEC. Interpretando de forma conjunta la dispuesto en los art. 265.1, 336 y 337, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que distinguir aquellos juicios que tienen un trámite de contestación por escrito, en cuyo caso los dictámenes periciales deben aportarse como regla general con el escrito de contestación, igual que en el juicio ordinario, y los demás juicios verbales, en que al no estar prevista la contestación a la demanda por escrito, ésta se realiza oralmente en el acto de la vista , en cuyo supuesto cabe que el demandado presente en dicho acta procesal los dictámenes periciales que tenga por convenientes,

La cuestión ha sido objeto de una sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de marzo de 2007, en la que se deja claro que en (os juicios verbales sin contestación escrita, el

demandado puede aportar informe pericial en el mismo momento del juicio, no siéndole de aplicación el artículo 337.1 de la LEC. Sostiene el Tribunal Constitucional, ante una decisión del juez denegando la aportación de i una pericial por el demandado al acto del juicio verbal sin contestación escrita, por aplicación de lo dispuesto en el art. 337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "en el presente caso, tratándose de un juicio verbal, la norma aplicable es el art. 265.4 LEC, de cuya lectura se deduce con claridad que en los juicios verbales el momento hábil para que el demandado aporte los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes relativos al fondo del asunto es el del acto de la vista, en el cual, como queda acreditado, se propuso por el demandado".

Es forzoso reconocer que en torno a esta cuestión se ha suscitado una cierta duda interpretativa entre el artículo 265.4 -de un lado- y los artículos 336 y 337 -de otro-, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero frente a lo que sostiene la parte recurrida, la reforma operada por la Ley 13/2009 no ha modificado el artículo 265.4 LEC, que sigue diciendo que "en los juicios verbales el demandado aportará los documentos, medios, instrumentos, dictámenes de informes (...) en el acto de la vista", ni la referencia que los artículos 336.1 y 4 LEC hacen a los juicios con contestación por escrito, que son aquellos en los que el demandado deberá justificar la imposibilidad de obtener el informe para aportarlo con aquella, para hacer uso de la opción del artículo 337. No es correcto entender que la reforma del artículo 337.1 LEC operada por la ley 13/2009, haya pretendido resolver la controversia que estamos analizando, imponiendo al demandado, en los juicios verbales sin contestación escrita, la carga de aportar los dictámenes periciales con una cierta antelación al acto del juicio, porque dicha norma, tanto en su redacción anterior como posterior a la reforma, sólo es aplicable a los supuestos en que el demandado deba presentar contestación por escrito.

Así pues, este Tribunal no comparte el criterio seguido en Primera Instancia y en consecuencia se acuerda admitir la práctica de la prueba pericial presentada y la ratificación y aclaraciones del perito en juicio verbal".

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS (1ª POSTURA)

SAP de Asturias de Sección 6ª, Sentencia de 18 Nov. 2013, rec. 398/2013. Ponente: Rodríguez-Vigil Rubio, María Elena. Nº de Sentencia: 314/2013 Nº de RECURSO: 398/2013: "Este primer motivo se desestima toda vez que no puede estimarse que exista la infracción del art. 337 de la L.E.Civil que se denuncia en su apoyo, al referirse tal precepto a los juicio verbales con formalización escrita de la contestación y no a los que como el presente han seguido el tramite general del art. 440.1 de la L.E.Civil, con contestación oral en el propio acto del juicio. Así lo ha

declarado el TC en su sentencia de 26 de marzo de 2007, razonando el respecto en su fundamento de derecho cuarto que "...tratándose de un juicio verbal, la norma aplicable es el art. 265.4 LEC, de cuya lectura se deduce con claridad que en los juicios verbales el momento hábil para que el demandado aporte los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes relativos al fondo del asunto es el del acto de la vista,...". Los Art. 265.1.4 y 336 LEC hacen referencia al régimen general de la aportación de los dictámenes periciales a instancia de las partes. Estos preceptos establecen el momento procesal preclusivo de su aportación, que coincide con la presentación de los escritos de demanda y de contestación a la demanda (también rige esta regla en los casos de demanda reconventional y de contestación a la misma) en el juicio ordinario; en el juicio verbal, debido a que la contestación a la demanda se realiza oralmente en la vista, el dictamen aportado por el demandado debe introducirse al tiempo de la contestación oral, es decir, en la vista (Art. 265.4 y 336.1 y 4 LEC)".

SAP de Asturias 7 de abril de dos mil once: rec. 150/2011 Ponente: Álvarez Seijo, José María. N° de Sentencia: 149/2011 N° de Recurso: 150/2011 "Más espinosa sin embargo resulta la segunda cuestión. El art. 338.2 invocado señala que los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa se aportarán por las partes para su traslado a las contrarias con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista en los juicios verbales. Ahora bien, dicho precepto, que como vemos se está refiriendo a supuestos en los que ya se ha producido la contestación a la demanda, debe ponerse en relación con el art. 265 de la LEC, conforme al cual se acompañarán con la demanda y contestación (párrafo 1) los documentos y dictámenes periciales, con la excepción del demandado en los juicios verbales, que lo hará en el acto de la vista (párrafo 4), así como el art. 336 de la LEC, que respecto a la aportación de dictámenes de peritos, señala que se acompañarán a la demanda y contestación si ésta ha de realizarse en forma escrita, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 337, que al contemplar el supuesto relativo a la aportación posterior de dictámenes que no fuere posible adjuntar con la demanda o contestación señala que deberán las partes expresar en la demanda o contestación los dictámenes de que pretendan valerse, que habrán de aportar en todo caso antes de la audiencia previa en el juicio ordinario o de la vista en el verbal, para su traslado a la parte contraria. A la vista del tenor de los preceptos mencionados, parece que la interpretación integradora de los mismos más acorde pasa por entender que los art. 337 y 338 de la Ley de Ritos se están refiriendo a los juicios verbales con fase de

contestación a la demanda (así, los procesos regulados en el Libro IV), y no a los juicios verbales tramitados conforme al art. 440-1 de la misma, ya que en este caso la contestación se produce en el propio acto de la vista. En este mismo sentido se ha pronunciado el T.C en sentencia de 26-3-07, señalando en su fundamento jurídico cuarto lo que a continuación se transcribe: "tratándose de un juicio verbal, la norma aplicable es el art. 265.4 LEC, de cuya lectura se deduce con claridad que en los juicios verbales el momento hábil para que el demandado aporte los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes relativos al fondo del asunto es el del acto de la vista, en el cual, como queda acreditado, se propuso por el demandado. Los arts. 265.1.4 y 336 LEC hacen referencia al régimen general de la aportación de los dictámenes periciales a instancia de las partes. Estos preceptos establecen el momento procesal preclusivo de su aportación, que coincide con la presentación de los escritos de demanda y de contestación a la demanda (también rige esta regla en los casos de demanda reconvenicional y de contestación a la misma) en el juicio ordinario; en el juicio verbal, debido a que la contestación a la demanda se realiza oralmente en la vista, el dictamen aportado por el demandado debe introducirse al tiempo de la contestación oral, es decir, en la vista (arts. 265.4 y 336.1 y 4 LEC). Los dictámenes privados aportados con posterioridad a ese momento procesal habrán de ser inadmitidos por extemporáneos, mientras que los presentados en plazo deben ser admitidos por el Tribunal, cuya potestad jurisdiccional resulta circunscrita al control del cumplimiento del examinado plazo común para su aportación." Esto así, siendo ajustada a derecho la admisión de la prueba, y aunque pudiera resultar aconsejable la suspensión de la vista por unos minutos como solicitó la actora, lo cierto es que tal petición no vendría amparada en ninguno de los supuestos del art. 188 de la LEC, ni en otro precepto de dicha Ley de Ritos, de ahí que no pueda considerarse el criterio del juzgador contrario a derecho, siendo éste quien ha de ponderar en cada caso la conveniencia o pertinencia de tal solicitud". En el mismo sentido **Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, Sentencia de 5 Oct. 2007**, rec. 311/2007 Ponente: Álvarez Seijo, José María. N° de Sentencia: 342/2007 N° de Recurso: 311/2007.

En sentido contrario: SAP de Asturias Civil sección 4 del 27 de septiembre de 2012 (ROJ: SAP O 2444/2012) Sentencia: 365/2012 |Recurso: 334/2012 |Ponente: FRANCISCO TUERO ALLER: "Por el contrario, si se advierte infracción de las normas procesales en la admisión de la pericial realizada a instancias de la demandada, que ya fue denunciada por los actores en su momento. Esa pericial fue aportada en el acto del juicio. En la anterior redacción del art. 337 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil se preveía que tales dictámenes, tratándose de juicios verbales, deberían aportarse "antes de la vista". Ante la ausencia de otras precisiones y en aras de dar amparo al principio de tutela judicial efectiva, esta Sala venía admitiendo su incorporación en el momento inicial del juicio que, con cierta flexibilidad, podía interpretarse como una fase previa a su desarrollo. Ahora bien, este precepto fue reformado por la **Ley 13/09**, de 3 de noviembre, vigente durante el desarrollo de este proceso, estableciendo ahora claramente que en esta clase de juicios los dictámenes deberán aportarse al menos cinco días antes de iniciarse la vista, con el evidente propósito de permitir la defensa de las partes frente a lo que resulte de esas pericias. Y no habiendo respetado la demandada ese plazo, dicha prueba no debió admitirse, lo que obliga ahora a prescindir de su valoración en el enjuiciamiento de los temas objeto de controversia.

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Sentencia de 2 Feb. 2010, rec. 495/2009 Ponente: Soto-Jove Fernández, José Antonio. N° de Sentencia: 32/2010 N° de Recurso: 495/2009 Jurisdicción: CIVIL: "Así delimitado el debate, la apelante sostiene que la decisión de la Juez de inadmitir el informe pericial que presentó en la vista de juicio verbal, no por razones materiales de inutilidad o impertinencia, sino por considerar que el dictamen debió de ser aportado al momento de su emisión o en todo caso un día o una semana antes del día señalado para la vista, con vinculación del art. 265 al art. 337-1 L.E.C. según se constata en el soporte de grabación audiovisual del juicio, infringe el art. 265-4 L.E.C. que dispone que en los juicios verbales el demandado aportará los dictámenes e informes en el acto de la vista, sin embargo tal eventual infracción **no puede conllevar el efecto de nulidad radical postulado como pedimento principal en el recurso, al ser subsanable en la segunda instancia consignando protesta en la vista sobre la decisión y reiterando en la alzada la propuesta del informe pericial como medio de prueba -arts. 446, 460-2-1º y 465-3 L.E.C.-**"

3.1.2 Asumiendo que el demandado puede aportar el dictamen en el acto de la vista, ¿tiene derecho a pedir en ese mismo acto que se cite al perito a la vista con interrupción de la que se está celebrando?.

El artículo 440.1 LEC no se refiere expresamente a los peritos cuando expresa que deberá la parte "indicar las personas que (. . .) han de ser citadas por el Secretario Judicial a la vista para que declaren en calidad de partes o de testigos", **PERO no es posible atender la petición de suspensión** porque el demandado sabía que había de concurrir a la vista con todos los medios de prueba de que intentara valerse (párrafo segundo, art. 440.1 LEC ["se advertirá a los

litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse"] y, en todo caso, si necesitaba el auxilio judicial para hacer comparecer al perito debió solicitarlo dentro de los tres días siguientes a su citación, aplicando analógicamente la previsión que para testigos prevé el párrafo tercero del artículo 440.1 LEC.

3.1.3. Asumiendo que el demandado puede aportar el dictamen en el acto de la vista, ¿es posible acordar la suspensión de la vista en casos de dictámenes complejos para preservar el derecho de defensa de la parte actora?.

Sí, porque se trata de una práctica habitual en los Juzgados, siempre y cuando el dictamen tenga complejidad o por pueda causar "sorpresa" a la actora por su contenido, que se desvíe de las cuestiones que razonablemente podía prever la parte actora cuando planteó la demanda.

No obstante, se apunta el criterio de algún autor en el sentido que podría alegarse que la LEC no prevé en modo alguno esta suerte de interrupción de la vista y que, en términos generales el art. 134 LEC impide la concesión de prórroga alguna al demandante y, en cierta forma, acordar una interrupción de la vista para que la parte se instruya, sería tanto como prorrogarle un plazo (el de proposición de prueba que debe hacer en la vista).

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, Sentencia de 7 Abr. 2011, rec. 150/2011 Ponente: Álvarez Seijo, José María. Nº de Sentencia: 149/2011 Nº de Recurso: 150/2011 Jurisdicción: CIVIL: "Esto así, siendo ajustada a derecho la admisión de la prueba, y aunque pudiera resultar aconsejable la suspensión de la vista por unos minutos como solicitó la actora, lo cierto es que tal petición no vendría amparada en ninguno de los supuestos del art. 188 de la LEC, ni en otro precepto de dicha Ley de Ritos, de ahí que no pueda considerarse el criterio del juzgador contrario a derecho, siendo éste quien ha de ponderar en cada caso la conveniencia o pertinencia de tal solicitud.

3.2.- JUICIO MONITORIO.

Aportación en el juicio verbal consecutivo a monitorio.

3.2.1 ¿Cuándo ha de presentar el dictamen pericial extrajudicial **el actor** en un juicio verbal consecutivo a monitorio?.

Argumentos a favor de que la actora pueda presentar en la vista de juicio verbal consecutiva a monitorio los documentos/dictámenes relativos al fondo del asunto. ¿Es posible aportarlos u opera la preclusión?

- **La petición inicial del proceso monitorio no es una demanda**, sino una simple solicitud de práctica de requerimiento de pago a un presunto deudor.

- La situación del demandante que sólo ha aportado el documento que le era exigible conforme al art. 812 LEC, como la del tenedor que ha presentado el título cambiario, es similar a la de un demandado en oposición. La finalidad de aportación de esa documentación es la de **refutar las afirmaciones vertidas por una de las partes en la oposición** o si se quiere contestación a la demanda monitoria, por lo que con base en el propio art. 265,3 LEC que autoriza al demandante a la aportación en la Audiencia Previa de los documentos incluso relativos al fondo del asunto, cuya relevancia se hubiera puesto de manifiesto a raíz de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda, podría admitirse que en el siguiente acto previsto por la norma del proceso monitorio en que interviniera el demandante (o sea el acto del juicio o en la presentación de la demanda del ordinario) pudiera aportar esta documentación de refutación (Luis Gil Nogueras).

- Los documentos que acompañan a la petición inicial deben constituir un **principio de prueba** del derecho del peticionario que justifique el posterior requerimiento de pago al deudor según dispone el art. 815,1 LEC sin que necesariamente se exija una prueba plena y completa del derecho, por lo que puede aprovecharse el trámite de la vista para la aportación por el actor de los documentos que tengan como finalidad esa prueba plena (Enrique García-Chamon Cervera).

- En conclusión, si la aportación documental para la eficacia del procedimiento monitorio está en la Ley de Enjuiciamiento Civil "aguada" en aras a la eficacia del procedimiento especial, no cabe proyectar sobre él, en caso de oposición, la rigidez de la normativa de aportación documental prevista respecto de los declarativos ordinarios

en tanto la función que desempeñan son diversas y de difícil compatibilidad.

Jurisprudencia que sigue estos argumentos:

- * SAP Valencia, sección 6ª, de 25 de Marzo del 2009.
- * SAP Cuenca, Civil sección 1 del 08 de Marzo del 2002.
- * SAP de Zamora, sección 1, de 29 de Julio de 2005.
- * SAP Badajoz sección 3 del 17 de Junio del 2002.
- * SAP Santander, sección 3, de 05 de Febrero de 2003.

3.2.2 ¿Para la parte demandada se altera el momento de presentación del dictamen por el hecho de existir una previa oposición escrita en el juicio monitorio?.

Existen criterios contradictorios en la jurisprudencia, aunque parece que el sentir mayoritario es el de considerar que la oposición (escrita) a **la solicitud de monitorio no es una contestación a la demanda, por lo que no se altera el régimen de presentación de documentos/dictámenes:**

- * SAP Gerona, sección 1, de 19 de Mayo de 2009.
- * SAP Barcelona, sección 4ª, de 07 de Diciembre de 2004.

Discrepan de esta afirmación las siguientes resoluciones, para las que el dictamen pericial extrajudicial del demandado ha de presentarse **con su escrito de oposición a la solicitud de monitorio:**

- * SAP Lérida, sección 2ª, de 28 de Octubre de 2002.
- * SAP **Asturias**, sección 6ª, de 18 de Febrero de 2002.

SAP, Civil sección 6 del 18 de febrero de 2002 (ROJ: SAP O 604/2002) Sentencia: 90/2002 |Recurso: 428/2001 |Ponente: JOSE MANUEL BARRAL DIAZ: "El primer motivo del recurso alega infracción procesal del art. 337 de la nueva LEC , en cuanto el informe pericial fue aportado en el acto de la vista del juicio verbal, siendo así que dicho precepto exige que las partes expresen en sus escritos de demanda y contestación los dictámenes de que pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, cuando dispongan de ellos y, "en todo caso" antes de la vista en el verbal. La complejidad que plantea la proposición y admisión de la prueba pericial ha sido ya objeto de resolución anterior por parte de esta Sala (auto de fecha 14-12-01) y, con toda

seguridad, tampoco va a ser la última. Hemos de comenzar advirtiendo que la normativa en esta materia, cuando de juicio verbal se trata, es diferente (para el demandado, por supuesto) según que la contestación a la demanda se formule de forma oral o bien por escrito. En el primer caso, entendemos que no son de aplicación los arts. 336, 337 y, sobre todo, el 338, no sólo porque el art. 265.4 dispone expresamente que los dictámenes se presenten en el acto de la vista del juicio verbal, sino porque los indicados preceptos parten del presupuesto de que la contestación en el juicio verbal se hubiere efectuado en forma escrita, como de forma expresa así lo consigna el citado 336 en su apartado 1, que constituye la regla general en esta materia. La frase "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 337, con la que termina dicho párrafo, no se refiere a la obligación, contenida en éste, de dar previo traslado al actor del informe que el demandado presentará en el acto de la vista, sino que se refiere a la excepción que dicho art. 337 hace a la regla general del 336, es decir, que la regla general (necesidad de aportar los dictámenes con los escritos de demanda y contestación) admite la excepción contemplada en el art. 337 y por virtud de la cual los repetidos dictámenes pueden igualmente aportarse en un trámite posterior a aquellos escritos, si bien "en todo caso" antes de iniciarse la audiencia previa del ordinario o la vista del verbal, pero manteniendo el requisito de una contestación por escrito en este último. Todavía existe una segunda excepción prevista en el art. 338, para el caso de que la necesidad del dictamen obedezca a las alegaciones hechas por el demandado al contestar a la demanda (obsérvese que en el juicio verbal la contestación oral se produce en el acto de la vista) o en la audiencia previa, caso del ordinario. Es más, cuando dicha contestación sea oral y por ello en el acto de la vista del juicio verbal, será imposible en la práctica cumplir el plazo de cinco días a que alude este art. 338.2, otra razón más para justificar la afirmación de que estos aludidos preceptos no son aplicables cuando se trata de contestación oral en el acto de la vista del juicio verbal. Finalmente, es lógico que así sea, si se tiene en cuenta que en estos supuestos de contestación oral, el único acto procesal que existe desde la presentación a la demanda es la aludida vista del juicio.

La doctrina anterior quiebra cuando la contestación a la demanda en el juicio verbal es por escrito, como ocurre en el presente juicio monitorio, que si bien puede tramitarse como un juicio verbal, caso de que su cuantía no supere los 3.000 euros, sin embargo la contestación a la demanda se lleva a cabo por escrito al que la Ley denomina como "escrito de oposición" (art. 818.1).

Esta circunstancia resulta esencial a los efectos de la admisión de la prueba pericial, para la que rigen sin excepción alguna lo dispuesto en los ya citados arts. 336 y sgts. Por ello, si la demandada en el presente juicio pretendía valerse del informe pericial a su instancia, como en efecto así hizo, debió, en primer lugar, justificar que no podía haberlo presentado con su contestación opositora (art. 336.4), único modo de poder hacer uso de la facultad excepcional a que alude el 336, y, en segundo lugar, dar traslado de dicho informe a la parte actora tan pronto como dispusiere de él y en todo caso antes de la vista del juicio verbal. Al no haberlo hecho así, debió la juzgadora rechazar dicha prueba, que ahora en esta segunda instancia no puede ser tenida en cuenta como tal pericial, aunque ello no impida tenerla presente como mera documental (para la que su admisión es totalmente lícita conforme al ya citado art. 265.5, más si su autor compareció en el acto del juicio para ratificar el contenido de dicho documento, lo que le atribuye fuerza probatoria como tal testigo-perito al amparo del art. 370.4).

Para terminar con este apartado, la infracción del trámite por parte de la Juez de Primera Instancia fue denunciada por la actora, si bien a ésta le estaba vedado hacer la oportuna protesta contra la admisión de dicha prueba (omisión que le imputa en este recurso la parte recurrida como causa de inadmisibilidad del primer motivo de esta apelación), ya que el art. 446, a diferencia del art. 285.2, únicamente permite recurrir las resoluciones que inadmitan la prueba (o las que admitan las obtenidas violando derechos fundamentales, lo que no es del caso)".

La primera posición de la jurisprudencia parece la más correcta (la oposición -escrita- a la solicitud de monitorio no es una contestación a la demanda, por lo que no se altera el régimen de presentación de documentos/dictámenes).

SAP, la Coruña Civil sección 3 del 23 de mayo de 2014 (ROJ: SAP C 473/2014) Sentencia: 164/2014 | Recurso: 90/2014 | Ponente: RAFAEL JESÚS FERNÁNDEZ-PORTO GARCÍA "La obligación de presentar con antelación los informes periciales debe limitarse estrictamente a los procedimientos en los que existe una contestación previa escrita. Ni la petición de procedimiento monitorio es una demanda (esta se formula en el ordinario posterior de forma autónoma, o bien en el acto del juicio en el verbal), ni la oposición al requerimiento es una contestación a una demanda, ni puede asimilarse a efectos de vedar la posibilidad de proponer prueba ulteriormente.

SAP de Ciudad Real Civil sección 1 del 09 de noviembre de 2011 (ROJ: SAP CR 914/2011 -) Sentencia: 280/2011 |Recurso:

290/2011 | Ponente: MARIA PILAR ASTRAY CHACON "Tampoco modifica lo anteriormente expuesto, la existencia anterior de tramitación de la petición inicial de proceso monitorio , toda vez que la oposición a la misma no se configura en este sentido como una contestación, ni le es predicable en consecuencia la necesaria aportación de la prueba pericial conforme al art. 337 de la LEC. Tampoco cabe interpretar que la pendencia del proceso desde la incoación hasta la celebración de la vista haya de operar en contra de las posibilidades de aportación de la prueba por parte de la demandada".

3.3.- EL JUICIO EJECUTIVO DEL AUTOMÓVIL.

Cuestión: Juicio ejecutivo del automóvil: el perjudicado lo interpone. La aseguradora se opone alegando falta del nexo causal, plus petición, etc...Hasta ese momento es imposible saber si la entidad aseguradora se va a oponer y en qué términos. En el plazo para oponerse del ejecutante es imposible hacer un informe pericial y, además, es facultad del juez señalar vista o no. ¿podría la ejecutante en el acto de la vista aportar en ese instante informes periciales?.

Magistrado de Madrid: "Mi opinión es que el ejecutante se convierte en un demandado por la inversión del contradictorio y, tratándose un una vista de juicio verbal con previa contestación escrita (la impugnación de la oposición es una contestación escrita), está sometido plenamente a los cinco días antes de la vista. Mi opinión es que no se trata de un juicio verbal "puro" sino un juicio verbal con contestación escrita y, por tanto, no puede presentar el dictamen escrito en la vista. Debe comunicar la dificultad de aportarlo con su escrito de impugnación de la oposición y avanzar que lo presentará siempre antes de los cinco días de la vista, ex art. 337.1 LEC. Además, en la mayoría de ocasiones la controversia es conocida de antemano por el ejecutante, por haber existido previamente contactos previos, negociaciones e, incluso, el previo juicio de faltas. Ese conocimiento previo de la controversia, incluso, permitiría exigir al ejecutante que aportara su dictamen, en todo caso, con la impugnación de la oposición, sin que tuviera derecho a reservarse la aportación cinco días antes de la vista".

Presidente de la Audiencia Provincial: "no conozco a fondo la regulación práctica del Juicio del automóvil, pero en todo caso creo que debe primar el derecho de defensa o, al menos, interpretar las normas procesales con arreglo a dicho derecho. De este modo de no considerar que el informe pericial debe presentarse con el escrito inicial, sea de ejecución o de oposición, según el caso, hemos de entender que debe dársele posibilidad de ser presentado en la vista, dando a la parte contraria la posibilidad de rebatirlo e incluso proponer y practicar prueba en contrario. En todo caso estos problemas deben ser resueltos conforme al principio de máxima facilidad probatoria, pues eso es lo que hace posible un efectivo respeto del derecho material de defensa".

Magistrado de la Audiencia de León: "Yo creo que sí, sobre la base de que si justifica (de manera sumaria) la imposibilidad de aportar el informe en el plazo para contestar a la oposición. Eso sí, debería aportar el informe

cinco días antes de la vista porque ya no estamos ante un juicio verbal propiamente dicho, sino ante un procedimiento que continúa su tramitación como juicio verbal pero en el hay contestación escrita (la contestación a la oposición): si hay contestación escrita debe aportar el informe con la contestación o cinco días antes de la vista. Esa es una opinión rápida, pero seguro que vosotros tenéis mucha mejor referencia que yo para esas cuestiones procesales. Creo que si anuncias la aportación de informe pericial y solicitas la citación del perito para el acto del juicio, se debería convocar vista. Es potestativa en la medida en que se considere o no se considere necesaria. Pero salvo que tú consideres que el informe pericial no guarda relación con los hechos y no añade nada para resolver la controversia, sí deberías convocar a vista con citación del perito (el informe se podría aportar hasta cinco días antes del juicio).

3.4.- JUICIO CAMBIARIO.

3.4.1 ¿Cuándo ha de presentar el dictamen pericial extrajudicial el actor (demandado de oposición) en un juicio verbal consecutivo a cambiarío?

El actor inicial pasa a ser demandado en la oposición, por lo que **en el acto de la vista**, a tramitar conforme al juicio verbal dada la remisión al artículo 440 que efectúa el artículo 826 de la Ley Enjuiciamiento Civil, puede proponer - el demandado en oposición, a la sazón actor inicial- la pericial en el mismo acto.

* SAP, de Murcia, sección 5ª, de 23 de Abril de 2010.

*SAP de Valencia, sección 9ª, de 22 de Septiembre de 2010

3.4.2. ¿Cuándo ha de presentar el dictamen pericial extrajudicial el demandante de oposición (demandado inicialmente) en un juicio cambiario?.

Sobre el dictamen pericial extrajudicial la jurisprudencia no es muy abundante, pero sigue el mismo esquema que se ha señalado: el demandante de oposición es un actor y, por tanto, tiene que presentar su dictamen pericial extrajudicial **con la demanda de oposición**.

*SAP Gerona, sección 1ª, de 28 de Julio de 2008: "Y como ya dijimos no lo fue, pues el artículo 336 establece que los dictámenes periciales habrán de aportarse con la demanda o con la contestación, si ésta hubiere de realizarse en forma escrita, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337 de la Ley. Por lo tanto, cuando la recurrente presentó la demanda de oposición al juicio cambiario, debió haber aportado el dictamen pericial y si no podía hacerlo por ser el plazo muy pequeño para formular dicha demanda, debió haber anunciado su presentación antes del juicio y el objeto a dictaminar, para que en su caso la parte contraria pudiera presentar por su parte otro dictamen o pedir la designación judicial. Por lo tanto, dicha regulación es una excepción a lo que dispone el artículo 440 de la L.E.C. Al no haber actuado de forma, es claro que no podía ser admitido el dictamen pericial en el acto del juicio".

En idéntico sentido se pronuncian las sentencias en las que se remarca la obligación del demandante de oposición de solicitar la designación de perito judicial en su demanda de oposición.

* SAP La Coruña, sección 3ª, de 20 de Marzo del 2009.

- * SAP Las Palmas, sección 5^a, de 29 de Junio de 2007.
- * SAP Madrid, Sección 25^a, de 8 de febrero de 2008.

3.5.- JUICIO ORDINARIO Y VERBAL CON CONTESTACIÓN ESCRITA.

La Ley de Enjuiciamiento Civil es reacia a admitir la introducción de dictámenes en momento posterior a la demanda y contestación. Por ello impone al actor la carga de "justificar cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquella (la demanda) hasta la obtención del dictamen" (artículo 336.3); y al demandado también le impone la carga de "justificar la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos (los dictámenes periciales) dentro del plazo para contestar" (artículo 336.4).

Si bien en el supuesto primero no es preciso constatar intención de intervención del perito en juicio en el segundo si por mandato del punto 2 del artículo 337 mencionado. Y esto es muy importante para evitar indefensión a la otra parte.

Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, Sentencia de 18 Mar. 2014, rec. 272/2013 Ponente: González Castrillón, María del Carmen. Nº de Sentencia: 33/2014 Nº de Recurso: 272/2013: "Consideramos que se ha cumplido la exigencia establecida en el art.337.2 de la LEC. La parte actora conoció con la debida antelación que los peritos propuestos por la parte contraria iban a comparecer a juicio y por tanto, pudo preparar el interrogatorio a que iba a someter a los mismos con objeto de contradecir sus conclusiones.

Audiencia Provincial de Gerona, Sección 2ª, Sentencia de 15 Dic. 2004, rec. 518/2004, Ponente: Fernández Font, Joaquín Miguel. Nº de Sentencia: 402/2004 Nº de Recurso: 518/2004: "Conforme a lo previsto en el artículo 337.2 de la LEC, cuando se hayan aportado dictámenes periciales en un determinado proceso, las partes deben indicar si están interesadas en que el perito o los peritos que los hayan confeccionado acudan al juicio oral con el fin de explicarlos, responder a las preguntas que se les puedan hacer o realizar cualquier tipo de intervención que sea útil para su adecuada valoración. En el presente caso, tal petición fue deducida oportunamente por ambas partes en el acto de la audiencia previa".

Así un informe de fecha muy anterior y aportado cinco días antes de la audiencia previa o juicio verbal no podría ser admitido por conculcar estas reglas.

Doctrina del Tribunal Supremo sobre la aportación de dictamen posterior a los escritos expositivos: STS de 27 de Diciembre de 2010 [ROJ: STS 7351/2010] Ponente:

JUAN ANTONIO XIOL RÍOS:

* La parte ha de justificar cumplidamente la imposibilidad de la presentación de tales dictámenes con la demanda o con la contestación.

* La LEC pretende que, en el momento de la celebración de la audiencia previa, las partes tengan y hayan podido examinar los dictámenes periciales elaborados por los peritos de las partes en que funden sus respectivas pretensiones por ser determinantes y servir de base y fundamento a las mismas.

* El momento preclusivo que establece este artículo lo **es en último término**, pues la exigencia primera del precepto es que la presentación de los dictámenes se realice "en cuanto [las partes] dispongan de ellos". Corresponde a la diligencia de las partes atender a estas previsiones y también le es exigible a los órganos judiciales una especial diligencia cuando se agota el plazo de presentación para evitar la indefensión de la parte contraria que pueda ser generada por situaciones derivadas de la propia organización de las oficinas de presentación de escritos. (**yo escaneo los informes periciales**).

Se entenderá que al **demandante** le es posible aportar con la demanda dictámenes escritos elaborados por perito por él designado, si no **justifica cumplidamente** que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquella hasta la obtención del dictamen. Debe aportarse el dictamen en cuanto se disponga de él. La presunción por tanto exige justificación cumplida de la no aportación con la demanda o contestación en el apartado 4. En caso de no hacerlo podrá pedirse subsanación siguiendo la regla general del artículo 231.

En los juicios con contestación a la demanda por escrito, **el demandado** que no pueda aportar dictámenes escritos con aquella contestación a la demanda deberá justificar la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar. Este punto ha de conectarse con el artículo 337 mencionado. La clave estará en justificar la imposibilidad o hacer referencia a ella para valoración del Tribunal en caso de proposición o aportación que pueda tildarse de extemporánea. Por tanto no vale una alusión genérica sino justificada documentalmente o de cualquier otro modo previo a pronunciamiento sobre admisibilidad.

3.5.1. ¿Qué concretos supuestos de dificultad comprobable para el actor pueden admitirse?.

Supuestos en que se admite:

- Riesgo de **caducidad** de la acción.
- Transcurso del plazo **(30 días)** para presentar la **demanda de juicio ordinario consecutivo a monitorio**.
- Supuesto en el que el lugar que ha de ser examinado sea propiedad o se halle en posesión de otra persona o, señaladamente, de la contraparte, en cuyo caso el arquitecto podría ver vetado u obstaculizado su acceso a ese lugar y, por tanto, **imposibilitada la elaboración del dictamen**. En este supuesto es frecuente que se interese autorización judicial o requerimiento a la parte con el fin de facilitar entrada en inmueble o prestarse a reconocimiento médico por ejemplo.

Supuestos en los que no se admite:

- Riesgo de **prescripción** de la acción (SAP Granada, sección 4ª, de 07 de Noviembre de 2008 y SAP Ávila, sección 1, de 20 de Junio de 2002).
- Supuestos en que se constata que **el dictamen estaba redactado** en una fecha muy anterior a la de su presentación, lo que hace presumir que estaba a disposición de la parte que luego lo aportó (SAP **Tenerife**, sección 1ª, de 07 de Junio de 2010).
- Supuestos en los que en **la demanda va referida en cuanto a las causas y cuantificación del daño a la opinión de dicho técnico**, lo que hace presumir que estaba a disposición de la parte que luego lo aportó (SAP **Barcelona**, sección 11ª, de 28 de Octubre de 2011).

Para el demandado: Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, Sentencia de 22 Oct. 2009, rec. 298/2009 Ponente: Martín del Peso, Rafael. N° de Sentencia: 533/2009 N° de Recurso: 298/2009 "Sobre el primero de los motivos procesales hemos de indicar que la justificación de la imposibilidad de aportar en la contestación al informe pericial a la que se refiere el artículo 336 ley de Enjuiciamiento Civil, es un requisito subsanable en recta inteligencia de lo que establece el artículo 231 ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 337 de la ley de Enjuiciamiento Civil, y en este caso aparece claramente justificada al interponerse la demanda frente a personas no residentes en Gijón, sino en Álava, que han contactado con un perito y han solicitado un

informe en periodo vacacional (julio) y que expone por escrito con antelación a la incidencia procesal provocada, (Folio 239), que debido a la complejidad del informe y a las fechas no puede redactarlo en el breve plazo que restaba para contestar a la demanda, debiendo señalarse conforme a lo que posteriormente se argumentará la irrelevancia de esta cuestión para la desestimación de la demanda .

3.5.2. ¿Cómo ha de computarse el plazo de 5 días del artículo 337.1 LEC?.

Presentado el escrito por el Procurador acompañando el dictamen, con el consiguiente traslado de copias ex art. 276.1 LEC, el primer día de esos cinco **¿será el día de la presentación o el día siguiente? Y sobre todo, ¿el quinto día ha de transcurrir por completo?.** Es decir, **¿es válida (temporánea) la presentación si la audiencia se celebra el quinto día o la audiencia ha de celebrarse como mínimo el sexto día?.**

1º) **El primer día** del cómputo de los cinco días será el siguiente al de la presentación del escrito en el servicio de recepción (**Artículo 278 LEC.** Efectos del traslado respecto del curso y cómputo de plazos).

La mayoría de la jurisprudencia interpreta la expresión "deberá computarse desde el día siguiente al de la fecha que se haya hecho constar en las copias entregadas" del art. 278 LEC, en el sentido de que el cómputo se efectúa **desde el día siguiente al de la presentación del escrito en el servicio de recepción** (SAP Gran Canaria, sección 4ª, de 15 de Julio de 2008 y AAP Barcelona, sección 13ª, de 4 de Mayo de 2005).

2º) **El último día del cómputo** habrá de transcurrir **por completo**, en virtud de lo dispuesto en el artículo 133.1 LEC, excluyéndose los días inhábiles (art. 133.2 LEC) ("Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo, y se contará en ellos el día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas"), de manera que no podrá considerarse que el dictamen se ha aportado temporáneamente si la audiencia previa se celebra el quinto día del cómputo.

La versión original del texto era fuente continua de conflictos. Era habitual que la parte a la que no le había sido posible presentar el dictamen con su escrito expositivo y hubiera anunciado su presentación posterior, apurara hasta el mismo día de la audiencia previa para presentarlo, de manera que ni la contraria ni el propio Tribunal tendrían

noticia de la presentación hasta el mismo momento de la celebración de la audiencia, en la que, la parte en cuestión "como cuestión previa" y "para facilitar la labor del Tribunal", aportaba una copia del dictamen con copia de la presentación del escrito en la oficina de traslado de escrito señalada esa misma mañana. Se ha sido muy condescendiente con estas prácticas que bordeaban la mala fe procesal, y se ha llegado a considerar que es válida la presentación del dictamen el mismo día de la audiencia previa, antes de su inicio.

El tema es novedoso y no hay mucha jurisprudencia al respecto. Es especialmente valiosa la **SAP Toledo, sección 1ª, de 8 de Febrero de 2012**, que trata exactamente el tema aquí analizado, aplicando los artículos 133.1 y 278 LEC: "Aquí la demandante solo anunció la aportación del dictamen en la demanda y lo aportó materialmente al procedimiento el 21.10.10 (jueves) cuando la audiencia previa se celebró el 28.10.10 (jueves). La parte alega que fue presentado con traslado a la contraria cinco días antes de la audiencia, pero no es así. El art 278 de la LEC dentro de la regulación de los traslados de escritos entre las partes cuando intervenga procurador señala que cuando el acto del que se haya dado traslado en la forma prevista en el art 276 determine la apertura de un plazo para llevar a cabo una actuación procesal el plazo comenzara su computo desde el día siguiente al de la fecha que se haya hecho constar en las copias entregadas. Aquí este traslado abría el plazo de cinco días que tenía la parte contraria para el conocimiento previo a la audiencia de la pericia por lo que el día 22.10.10 (viernes) es el que ha de tomarse como primer día de estos cinco. En la misma línea el art 133 de la LEC determina que los plazos empezaran a contar desde el día siguiente a aquel en que se hubiera efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo y que en el computo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles de forma que es hecho objetivo que desde el 22 de octubre de 2010 (viernes) al 27 de octubre (miércoles) del mismo año transcurrieron cuatro días. No cabe computar como primer día de este plazo el 21 de octubre que alega el recurso, mismo día de la presentación del dictamen porque no estamos ante una simple presentación en un procedimiento de un escrito o de un documento, sino de la presentación de un informe "para su traslado" a la contraparte y lo señala así el art 337 y esta presentación ha de permitir el traslado con cinco días de antelación a la audiencia a la parte contraria y aquí dada la fecha de presentación no se cumplía. No duda la Sala que como se alega en el recurso la demandada pudo tener conocimiento del dictamen antes de la audiencia previa pero no lo tuvo todos los días para su estudio y conocimiento que la Ley le prevé como garantía mínima y no cabe

flexibilización de un plazo dado en garantía de la contraparte, que se opuso a darlo por cumplido en el procedimiento, para reducirle su derecho de defensa más allá del límite mínimo legal garantizado" (nota aclaratoria: en el texto original de la sentencia no aparecen los días de la semana [jueves, viernes, miércoles. . .], que se han añadido en esta ponencia para facilitar el cómputo de los días sin necesidad de tener un calendario delante). La expresión utilizada por el artículo reformado ("en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa") es similar a la que puede leerse en el artículo 438.1 ("sólo se admitirá la reconvencción cuando ésta se notifique al actor al menos cinco días antes de la vista"), 438. 2 ("Cuando en los juicios verbales el demandado oponga un crédito compensable, deberá notificárselo al actor al menos cinco días antes de la vista") y artículo 440.1 (" . . . la celebración de vista en el día y hora que a tal efecto señale, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación . . .").

Sobre el cómputo de los cinco días de antelación para plantear compensación/reconvencción, pueden citarse la SAP de Valencia, sección 6ª, de 27 de Septiembre de 2007, la SAP de Valencia, sección 6ª, de 13 de Junio de 2006 y la SAP de Valencia, Sección 8ª, de 3 de Febrero de 2003.

3.5.3 - Dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 Feb. 2011 "Dicha prueba, de posible relevancia en el resultado del pleito, no fue admitida y, formulado en el acto recurso de reposición por la parte que la había propuesto, fue rechazado sin que consten los motivos de tal rechazo. La solicitud fue reiterada, al formular la parte actora recurso de apelación, y denegada por la Audiencia mediante auto de 6 de febrero de 2007; resolución que fue recurrida en reposición y confirmada por nuevo auto de 8 de marzo de 2007 que justifica la denegación en el hecho de que no se da el supuesto contemplado por el **artículo 427.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, cuando es lo cierto que la designación judicial de perito ha de entenderse adecuada, **incluso cuando la parte interesada aportó dictamen con su demanda**, si procede en razón de nuevas alegaciones efectuadas en la audiencia previa o de las contenidas en el escrito de contestación a la demanda, pues ambos supuestos han de entenderse amparados por el apartado 4 del artículo 427 relacionándolo con el artículo 338.2 de la misma Ley".

3.5.4. ¿Cuándo ha de presentar el actor los dictámenes cuyo interés o relevancia se ponga de manifiesto por el contenido de la contestación a la demanda, en la audiencia

previa (art. 265.3) o cinco días antes del juicio (art. 338.2)?

El momento de aportación debe ser único: **en la audiencia previa**. Debe primar el art. 265.3 de la LEC **y no debe regir el plazo de cinco días** de antelación del artículo 337.1, porque el art. 338.1 expresamente dice que "lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación", por lo que podrá aportarlo en la misma audiencia previa.

La **STS de 13 de Diciembre de 2011 [ROJ: STS 8278/2011]** Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**, que cita la **STS de 14 de Marzo de 2011 [ROJ: STS 1798/2011]** Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**, se pronuncia sobre la aplicación del art. 265.3 y 338.1 y parece entender que el momento procesal natural es la audiencia previa: "Uno de estos casos es el regulado en los artículos 265.4 LEC y 338.1, inciso primero, LEC. Conforme a estas disposiciones **el demandante puede aportar en la audiencia previa** los dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda".

TS 11/1/2013: "Al regular el denominado dictamen de peritos, la Ley de Enjuiciamiento Civil sigue un sistema mixto o dual según el cual la parte puede optar entre solicitar la práctica de la pericia dentro del proceso; con intervención de la contraria, por un perito sometido a recusación designado por el Tribunal, de acuerdo con un procedimiento que se detalla en los arts. 340 a 346 LEC o, alternativamente, aportar informes confeccionados de forma unilateral y al margen del proceso, por peritos susceptibles de tacha, sin que la contraria hubiera tenido ninguna intervención en su confección.

En este segundo caso, como regla, el dictamen deberá aportarse con el escrito de demanda o con el de contestación, de conformidad con lo previsto en el art. 265.1 LEC, a cuyo tenor "a toda demanda o contestación habrán de acompañarse: (...) 4º Los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones...", -sin perjuicio, claro está, de la llamada "entrega aplazada" a la que se refieren los arts. 265.1.4 º, 336.1 y 337.1 LEC.

Esta regla quiebra a favor de la demandante en el supuesto de que la demandada afirme en la contestación hechos nuevos o circunstancias relevantes; y, a favor de ambas, en el caso de que cualquiera de ellas, en la audiencia previa, formule alegaciones o pretensiones complementarias cuya valoración requiera conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos. Así lo disponen el art. 265.3 de la

repetida LEC , a cuyo tenor "(...) el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda", y el 338.1, según el cual "lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación a los dictámenes cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia, a tenor del art. 426 de esta Ley" (en este sentido, sentencias 872/2010, de 27 de diciembre, 176/2011, de 14 de marzo, y 901/2011, de 13 de diciembre)".

AP de Zamora 11/6/2010 y AP de León 22/4/2013 -sección primera Agustín Prieto-: "La recurrente solicita la nulidad de actuaciones por presentación extemporánea del Informe pericial en la Audiencia Previa, debiendo haber sido presentado con la demanda, al producirla indefensión al no estar en igualdad de condiciones en el debate jurídico, por lo que considera que se deben retrotraer las actuaciones la momento de la aportación del dictamen o por economía procesal, tener por no aportado dicho informe procediendo a una nueva valoración de la prueba.

Del examen de la demanda y documentación aportada, así como de la contestación a la demanda, junto al visionado de la grabación digital de al Audiencia Previa, se deduce que cuando se evidencia la necesidad y relevancia del informe pericial fue con la contestación a la demanda, por lo cual no se ha producido una presentación extemporánea del informe pericial, siendo amparado su presentación en la Audiencia Previa por el artículo 265.3 y 338.1 de la LEC".

Inclusive en el acto del juicio según la **SAP de Cáceres 3/2/2012**: Infracción del Art. 338.2 LEC, pues como consta en el acta de la Audiencia Previa y en la nota de proposición de prueba la apelante solicitó dictamen de peritos con amparo en lo dispuesto en el artículo 338.2, en relación con el 265.3 de la LEC, por entender que dichos dictámenes son necesarios a la luz de la contestación a la demanda. Del examen de la demanda, se puede apreciar que la actora señala como hechos, los relativos a la existencia del contrato y al cumplimiento de sus obligaciones, así como una referencia a que la demandada había indicado que los cerdos habían enfermado semanas después. De la contestación a la demanda se deducen ya unos hechos concretos y nuevos, tales como la supuesta inmediatez en la manifestación de los síntomas de la enfermedad en relación con el momento de la descarga, y se aportan informes veterinarios que especifican las

características de la enfermedad que supuestamente padecían los cerdos, su posible incubación, y el tipo de bacteria causante del mal. Ante la formulación de dichas alegaciones, la actora tiene la necesidad de acreditar la inexactitud de las mismas, y para ello se ve obligada a la aportación de un dictamen pericial, el cual, según el mencionado artículo 228.2, puede aportarse, - siempre que sea, como en este caso, como consecuencia de lo alegado en la contestación a la demanda- cinco días antes de la celebración del juicio, no de la audiencia previa. Por el Juzgador, se entendió que la aportación de dichos dictámenes era extemporánea en el momento de proponerse prueba en la Audiencia Previa, entendiendo que debería haberse dado traslado de los mismos con cinco días de antelación a la celebración del acto de juicio, lo cual sería ajustado a derecho si esta parte fuera la demandada, pero siendo la actora, puede aportar los mismos para combatir los hechos que se aleguen en la contestación, y para ello ha de hacerlo con la antelación de cinco días a la celebración del acto de juicio, de modo que, la aportación en la audiencia previa, ni era extemporánea, ni tampoco producía indefensión de clase alguna a la parte demandada".

3.5.5 ¿Qué criterio ha de tenerse en cuenta para evitar que, a través de la pericial propuesta en la audiencia previa por el actor, se intente suplir deficiencias probatorias bajo la cobertura de que el "interés o relevancia" del dictamen se haya puesto "de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda"?.

Hay tres recientes Sentencias del Tribunal Supremo que tratan la cuestión.

1.- La **STS de 13 de Diciembre de 2011 [ROJ: STS 8278/2011] Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**, que cita la STS de 14 de Marzo de 2011 [ROJ: STS 1798/2011] Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS (segunda de las sentencias reseñadas), resalta el riesgo de que a través de este trámite **se intenten subsanar "omisiones, olvidos, inexactitudes o cualesquiera irregularidades en la aportación del informe pericial o en el contenido del informe pericial** aportado con la demanda para acreditar los hechos constitutivos de la causa petendi (causa de pedir)", y de "la formulación de una **réplica encubierta** a los hechos alegados en la contestación": "La regla general de aportación de los dictámenes periciales elaborados por los peritos designados por las partes se contiene en los artículos 336.1 LEC y 265.1.4.º LEC. Estos preceptos, dice la sentencia de STS 14 de marzo 2011, establecen que los dictámenes periciales elaborados por los peritos designados por las partes, en las que estas apoyen sus pretensiones y estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus

derechos, sean incorporados al proceso con la demanda y con la contestación y -aunque los preceptos no lo indiquen expresamente- con la reconvencción y con la contestación a la reconvencción. La excepción a esta regla general se establece en el artículo 337.1 LEC, que contempla el supuesto en el que no les fuese posible a las partes aportar los dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, con la demanda o con la contestación. Junto a la indicada regla general, la LEC contempla situaciones que no son excepciones a ella sino **supuestos concretos que determinan que la aportación del dictamen pericial deba hacerse con posterioridad a la demanda y a la contestación** porque son consecuencia de las distintas posibilidades alegatorias que el proceso otorga a las partes.

Uno de estos casos es el regulado en los artículos 265.4 LEC y 338.1, inciso primero, LEC. Conforme a estas disposiciones **el demandante puede aportar en la audiencia previa** los dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda. **La finalidad de la norma es evitar que la introducción en el proceso, al contestar a la demanda, de un elemento de controversia que, aun relacionado o conexo con la demanda, exceda de los términos en que se dejó planteado el litigio por el demandante, cause indefensión al demandante.**

La clave para la aplicación de los artículos 265.4 LEC y 338.1, inciso primero, LEC -idénticos en lo sustancial- está en determinar los supuestos en los que las alegaciones del demandado justifican la aportación de un dictamen pericial por la parte demandante.

La interpretación finalista y sistemática de estos artículos lleva a concluir que **excluyen** los siguientes supuestos:

(i) la **subsanción de omisiones, olvidos, inexactitudes o cualesquiera irregularidades en la aportación del informe pericial o en el contenido del informe pericial aportado con la demanda para acreditar los hechos constitutivos de la causa petendi (causa de pedir)**, pues, de otra forma carecería de sentido que la LEC haya establecido una regla general preclusiva en los artículos 336.1 LEC y 265.1.4 .º LEC, y no se respetarían los principios de contradicción, de interdicción de la indefensión y de igualdad de armas en el proceso que exigen que las partes tengan conocimiento desde el inicio del procedimiento de todos los elementos sustanciales en que la parte contraria funda su pretensión,

y (ii) **la formulación de una réplica encubierta a los hechos alegados en la contestación**, pues el artículo 427.2

LEC sitúa en la audiencia previa el momento en el que las partes tienen la oportunidad de manifestarse respecto a los informes aportados y de pedir su ampliación y los artículos 426.1 y 428.1 LEC sitúan, asimismo, en la audiencia previa los momentos en que los litigantes pueden efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario y fijar los hechos controvertidos".

2.- La STS de 14 de Marzo de 2011 [ROJ: STS 1798/2011] Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS señala que si las alegaciones efectuadas en la contestación a la demanda se mantienen en el marco de los hechos alegados en la demanda como constitutivos de la causa petendi [causa de pedir] (por ejemplo, la alegación de la demandada consistente en afirmar que los defectos de construcción son imputables a la dirección facultativa de la obra y no son consecuencia de la mala ejecución de la obra) se estará ante un hecho impeditivo - siguiendo la terminología utilizada por el artículo 217 LEC - de la responsabilidad que se le reclama, por lo que la carga de la prueba le corresponde a ella y no constituye la introducción en el proceso de un elemento sorpresivo que obligue al demandante a reaccionar acreditando cosas distintas de las que alegara en su demanda.

Por su parte, la de 18 de Julio del 2012 (ROJ: STS 5290/2012) precisa aún con mayor claridad, analizando el sistema de periciales en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil: "Esta regla quiebra a favor de la demandante en el supuesto de que la demandada afirme en la contestación hechos nuevos o circunstancias relevantes, y, a favor de ambas, en el caso de que cualquiera de ellas, en la audiencia previa, formule alegaciones o pretensiones complementarias cuya valoración requiera conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos. Así lo disponen el artículo 265.3 de la repetida Ley Civil, a cuyo tenor (...) el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda", y el 338.1 de la propia Ley de enjuiciar, según el cual "Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación a los dictámenes cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia, a tenor del art. 426 de esta Ley". La norma no regula, por el contrario, una pretendida "pericial complementaria" sobre el "el dictamen de contrario" como fórmula para sortear la preclusión del momento procesal fijado para que se aporte la pericial, sino que articula el control sobre el contenido de los dictámenes por el cauce

regulado en el artículo 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Resulta especialmente interesante (en la jurisprudencia menor) **la SAP Tenerife, Civil, sección 4ª, de 23 de abril de 2008** [ROJ: SAP TF 874/2008] | Ponente: PILAR ARAGÓN RAMÍREZ, que se refiere al argumento de la "alegación sorpresiva": "La entidad demandada, como se expone en su escrito de oposición al recurso, no hizo en su contestación ninguna alegación sorpresiva que pudiera justificar la necesidad de nueva prueba de refutación, pues las diferencias entre las dos empresas litigantes ya se habían puesto de manifiesto con anterioridad al juicio con un cruce de requerimientos, propuestas de liquidación, etc., con iguales contenidos y resultados que los apuntados por la demandada en su contestación, lo que obviamente la demandante ya conocía".

Hurtado Yelo en "La aportación de dictámenes periciales como consecuencia de la contestación a la demanda", El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia [EDB 2013/64913] dice que "a ello se podría añadir, el caso en el que haya existido un **juicio previo en otra jurisdicción**, v.gr. previo juicio penal en materia de accidente de circulación, en este caso la existencia de argumentos contrarios, aunque sea a través de la vía judicial, llevan a prevenir al actor de las futuras alegaciones del demandado en su contestación, por lo que en este caso difícil es apreciar el supuesto del art. 338.1 LEC".

También, en este mismo sentido, añadimos que pueden incluirse los supuestos de **previa oposición a solicitud de proceso monitorio** que va seguido de una demanda de juicio ordinario, en los que será difícil sostener que una alegación del demandado le ha causado sorpresa cuando ya estaba esbozada en su previo escrito de oposición a monitorio".

3.5.6 Dictámenes cuyo interés o relevancia se ponga de manifiesto por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio.

Contradicción existente entre lo que dice, por un lado, el artículo 426.5 (en el acto de la audiencia, las partes podrán aportar documentos y dictámenes que se justifiquen en razón de las alegaciones complementarias, rectificaciones, peticiones, adiciones y hechos nuevos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo) y lo afirman, por otro, el art. 338.2 ("Los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por [. . .] lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio se aportarán por las partes, para su traslado a las contrarias, con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio") y el artículo 427.3

(si las alegaciones o pretensiones a que se refieren los tres primeros apartados del art. 426 suscitasen en todas o en alguna de las partes la necesidad de aportar al proceso algún dictamen pericial, podrán hacerlo dentro del plazo establecido en el apartado segundo del art. 338).

3.5.7 ¿Cuándo han de presentarse los dictámenes cuyo interés o relevancia se ponga de manifiesto por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio, en la audiencia previa (art. 426.5) o cinco días antes del juicio (art. 338.2 y 427.3)?

Es necesario unificar el momento de aportación de dictámenes suscitados por lo alegado de forma novedosa en la audiencia previa. Parece más razonable que prevalezca aquí lo dispuesto en el artículo 427.3, que remite al art. 338.2 LEC., por la simple y llana razón de que el artículo 426.5 prevé un supuesto que es difícil que ocurra, porque no se imagina que una parte acuda a la audiencia previa con un dictamen preparado para lo que eventualmente pueda alegar la contraria de forma novedosa (en razón de las alegaciones complementarias, rectificaciones, peticiones, adiciones y hechos nuevos). Lo lógico es entender que para ese tipo de cuestiones se reserve en la audiencia previa la facultad de aportar ese dictamen con **cinco días de antelación al juicio**, ex art. 338 LEC.

4.- PERICIAL EXTEMPORÁNEA

4.1- ¿La pericial extemporánea puede admitirse como pericial-testifical o cómo documental? NO

La aportación extemporánea a veces se acompaña de solicitud subsidiaria del dictamen **como prueba documental** y proposición de la declaración de su autor en calidad de **testigo perito**- artículos 380 y 370.4º-; es de considerar que este subterfugio adolece de un defecto de origen y es la calidad de testigo de su autor pues no lo fue de los hechos y es llamado por la cualidad adjetiva que le da la norma procesal, esto por sus conocimientos.

¿Puede admitirse como testigo-perito la declaración oral de un perito cuando la parte no ha presentado su dictamen con la demanda o la contestación a la demanda?. No es admisible, ya que supondría un fraude al hacer pasar una prueba pericial por testifical-pericial, que es distinta clase de prueba.

El **art. 370.4** recoge que "cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el Tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos". Así pues, la prueba testifical de estas personas aporta al proceso un valor añadido ya que a su percepción de los hechos de los que posee un conocimiento directo anterior a la existencia del proceso, debe sumarse la valoración técnico-científica que le permite su cualificación técnica. Es decir, a la percepción individual de los hechos se unirá la aportación de máximas de experiencia personalizadas. Se trata de una prueba testifical en la que el conocimiento de los hechos que aporta el testigo es trasladado al tribunal sobre la base de una percepción basada en un conjunto de conocimientos técnicos que posee dicho testigo.

Entre el **perito y el testigo perito** existen bastantes **diferencias:**

a) El perito es llamado al proceso por sus **conocimientos técnicos o especializados**. El testigo-perito es traído al juicio por haber presenciado los **hechos**, esto es, al margen de sus conocimientos técnicos o especializados.

b) El perito no tiene **antes de realizar el dictamen pericial conocimiento de los hechos** discutidos en el juicio; mientras que el testigo-perito posee un **conocimiento directo** de los mismos, por haberlos presenciado.

c) Al perito se le llama al proceso por su **cualificación técnica**, que le permite valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto que requieren de una serie de conocimientos científicos, artísticos o técnicos. Sin embargo, al testigo perito se le llama por la posibilidad de **haber percibido a través de sus sentidos determinados hechos** relativos al proceso al que es llamado.

d) El perito es **sustituible**; y el testigo-perito es **insustituible** en tanto se le llama por poseer unos conocimientos directos de los hechos relevantes.

e) La emisión del dictamen del perito es escrita; por el contrario, el testigo-perito efectúa sus manifestaciones oralmente.

f) La realización del dictamen pericial puede tener lugar con **carácter previo al juicio** (cuando se acompaña a los escritos de alegaciones). Sin embargo, la intervención del testigo-perito se realiza **en el acto del juicio**.

g) Los conocimientos aportados por los peritos tienen el valor de una prueba pericial. Sin embargo los conocimientos técnicos aportados por el testigo-perito tienen el valor probatorio que se concede a la prueba testifical (art. 376 LEC).

h) El perito puede ser objeto de **tacha o de recusación**, según sea de parte o de designación judicial; mientras que el testigo-perito **sólo puede ser tachado**, al haber sido llamado al pleito como testigo".

SAP de Madrid Civil sección 1 del 19 de julio de 2013
(ROJ: SAP PO 1986/2013): Sentencia: 322/2013 | Recurso: 252/2013 | Ponente: FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ
Ciertamente se trataba de un fraude procesal cuando se intenta introducir en el proceso un dictamen pericial que debía haberse aportado con la contestación a la demanda (art. 265.1.4º LEC), en otra fase del proceso no habilitada para ello, ni por lo tanto tal prueba puede ser suplida, indebidamente, mediante el testigo perito pues en realidad no se reúne tal condición, pues no se trata de un perito sino de un testigo, es decir de alguien que tiene conocimiento del objeto del proceso en un momento anterior al mismo, que tenían noticia de hechos controvertidos (arts. 360 y 370.4 LEC), y además posee determinados conocimientos científicos o técnicos. Pero no sirve para suplir la extemporaneidad de un dictamen pericial ya que se estarían alterando los conceptos sobre los medios de prueba, y las reglas que disciplinan unos y otros, con clara vulneración de tales normas. No puede pretenderse un dictamen pericial en el

proceso a través de una aparente prueba documental en medidas cautelares”.

4.2- Tratamiento procesal del dictamen pericial de parte presentado de forma extemporánea.

En los supuestos en los que la parte haya presentado el dictamen, pero sin cumplir todo el plazo de anticipación previsto en la ley (por ejemplo la audiencia se presenta el cuarto o quinto día desde la presentación), **¿cabe suspender la audiencia previa para garantizar que la parte tenga todo ese plazo de examen o, por el contrario, el plazo ha de aplicarse de forma inflexible?. ¿Ha de plantearse la cuestión de oficio por el Tribunal?.**

Antes de la reforma, algunos autores consideraban que la solución de inadmitir el dictamen pericial extrajudicial aportado el mismo día de la audiencia previa era demasiado drástica y que lo correcto era la suspensión de la audiencia previa para que la contraria pudiera conocer adecuadamente el dictamen aportado con tan breve margen temporal (en este sentido, LEDESMA IBÁÑEZ, La prueba pericial en el proceso civil, Cuadernos de Derecho Judicial, 2006, volumen 12).

La pregunta que se plantea es si cabe ahora, con la nueva redacción, adoptar soluciones como la comentada, cuando, por ejemplo, la audiencia se celebra en el quinto día, sin haber expirado, por tanto, todo el plazo con que contaba la contraria para examinar el dictamen. Esto es, si atendiendo a que la parte había presentado el dictamen, pero sin cumplir todo el plazo de anticipación previsto en la ley, cabe suspender la audiencia previa para garantizar que la parte tenga todo ese plazo de examen o si, por el contrario, el plazo ha de aplicarse **de forma inflexible**, calendario en mano, suscitando la cuestión el Tribunal incluso de oficio.

La conclusión es que si se ha presentado el dictamen sin respetar el plazo de los cinco días, computado en la forma señalada, no se debe admitir, sin adoptar soluciones como la suspensión de la audiencia previa para que la contraria pueda gozar de todo el plazo.

Respecto al **control de oficio** por el Tribunal del plazo, si la parte contraria no ha alegado nada al respecto, parece razonable que en casos en los que sólo se haya faltado al plazo en un día, el Tribunal **espere a la alegación de la contraria.**

STS, Sala 1ª, 27 diciembre 2010 STS, Sala 1ª. "C) Esta Sala no puede tener en consideración la interpretación flexible que propone la recurrente porque: (I) **la literalidad del artículo 337.1 LEC**, en su redacción vigente por razones temporales, no permite una interpretación distinta a la que se ha quedado expuesta, (II) **el momento preclusivo que establece este artículo lo es en último término, pues la exigencia primera del Precepto es que la presentación de los dictámenes se realice "en cuanto las partes dispongan de ellos"**, (III) corresponde a la diligencia de las partes atender a estas previsiones y también le es exigible a los órganos judiciales una especial diligencia cuando se agota el plazo de presentación para evitar la indefensión de la parte contraria que pueda ser generada por situaciones derivadas de la propia organización de de las oficinas de presentación de escritos, (IV) **la hipotética falta de indefensión de la parte demandante, que ha sido alegada por la recurrente, no releva de la carga procesal de dar cumplimiento a un plazo preclusivo**, que como tal está afectado por lo dispuesto en el artículo 132 y 136 LEC, y que solo tendrá las excepciones previstas en el artículo 134.2 LEC, en su redacción vigente por razones temporales, para los supuestos de fuerza mayor"

4.3. ¿En caso de no admitirse el dictamen por extemporáneo, ha de acordarse su desglose del procedimiento?.

La ley no resuelve cuál ha de ser el destino del dictamen presentado fuera de plazo.

Téngase en cuenta que el dictamen puede haber sido incorporado a las actuaciones por diligencia de ordenación, pendiente su admisión de lo que se decida en la audiencia previa (o vista en los casos de juicio verbal con contestación escrita). Caben dos soluciones:

1ª solución: Basta con decretar la impertinencia de la prueba pero no hace falta desglosarlo del procedimiento, siendo suficiente con señalar que no se tendrá en consideración a la hora de formar convicción judicial.

2ª solución: Aplicación analógica del artículo 272 de la LEC ("cuando se presente un documento con posterioridad a los momentos procesales establecidos en esta Ley, según los distintos casos y circunstancias, el Tribunal, por medio de providencia, lo inadmitirá, de oficio o a instancia de parte, mandando devolverlo a quien lo hubiere presentado"). Es decir, se desglosa y se devuelve a la parte.

LA LÓGICA es la segunda posición, esto es, el desglose y devolución a la parte que lo ha presentado. Se destaca, no obstante el riesgo de que la Audiencia Provincial tenga

criterio distinto al del Juez/a de Instancia, de manera que, admitida la prueba en segunda instancia, la parte que presentó el dictamen pueda alterarlo y presentar otro distinto al que se presentó (y rechazó) en la primera instancia.

Al efecto, existe plantea la posibilidad de no unir el dictamen a las actuaciones, pero sí incorporarlo a las mismas en sobre cerrado, lo que posibilitaría que, en caso de admitirse en la segunda instancia la prueba, se incorporara a las actuaciones sin riesgo de manipulación.

5.- OTRAS CUESTIONES.

5.1. ¿Puede el beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita aportar un dictamen pericial extrajudicial?.

La redacción del art. 339.1 LEC no impide que el titular del derecho de justicia gratuita aporte dictámenes elaborados por peritos designados por él, sin que el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita implique ninguna especialidad en relación a la compatibilidad de las dos modalidades de pericial.

5.2 ¿Puede limitarse por el Tribunal el número de peritos de parte?.

A diferencia de lo que ocurre con la pericial judicial, no existe en la LEC previsión alguna que permita restringir el número de peritos de parte. No obstante se destaca que la limitación de esa "acumulación" de peritos de parte para un mismo objeto de pericia puede venir determinada por el carácter innecesario o inútil de la prueba (art. 283 LEC), por ser reiterativa.

Un argumento adicional para limitar el número de peritos extrajudiciales se encuentra en el carácter antieconómico de una acumulación innecesaria de los mismos. Si se declaran pertinentes habrá derecho a reclamar en tasación de costas los honorarios de todos ellos. No tiene sentido que se pretenda incrementar el coste del proceso para reiterar una prueba de la que ya se dispone.