

DICTAMEN PERICIAL JUDICIAL.

Artículo 339. Solicitud de designación de peritos por el tribunal y resolución judicial sobre dicha solicitud. Designación de peritos por el tribunal, sin instancia de parte.

Justicia Gratuita

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

Si se tratara de juicios verbales sin trámite de contestación escrita, el demandado beneficiario de justicia gratuita deberá solicitar la designación judicial de perito al menos con diez días de antelación al que se hubiera señalado para la celebración del acto de la vista, a fin de que el perito designado pueda emitir su informe con anterioridad a dicho acto.

Petición y designación

2. El demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales o el demandado con la antelación prevista en el párrafo segundo del apartado anterior de este artículo, que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En tal caso, el Tribunal procederá a la designación, siempre que considere pertinente y útil el dictamen pericial solicitado. Dicho dictamen será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas.

Salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar, con posterioridad a la demanda o a la contestación o una vez transcurrido el plazo señalado en los apartados 1 y 2 de este artículo para la prueba pericial de los juicios verbales sin contestación escrita, informe pericial elaborado por perito designado judicialmente.

La designación judicial de perito deberá realizarse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quien haya solicitado dicha designación, o en el plazo de dos días a contar desde la presentación de la solicitud en los supuestos contemplados en el párrafo segundo del apartado 1 y en el

apartado 2 de este precepto. Cuando ambas partes la hubiesen pedido inicialmente, el Tribunal podrá designar, si aquéllas se muestran conformes, un único perito que emita el informe solicitado. En tal caso, el abono de los honorarios del perito corresponderá realizarlo a ambos litigantes por partes iguales, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas.

Juicio ordinario / audiencia previa

3. En el juicio ordinario, si, a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia, las partes solicitasen, conforme previene el apartado cuarto del artículo 427, la designación por el tribunal de un perito que dictamine, lo acordará éste así, siempre que considere pertinente y útil el dictamen, y ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre.

Lo mismo podrá hacer el tribunal cuando se trate de juicio verbal y las partes solicitasen designación de perito, con los requisitos del párrafo anterior.

Nombramiento

4. En los casos señalados en los dos apartados anteriores, si las partes que solicitasen la designación de un perito por el tribunal estuviesen además de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo acordará el tribunal. Si no hubiese acuerdo de las partes, el perito será designado por el procedimiento establecido en el artículo 341.

Derecho de familia

5. El tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales.

Número de peritos

6. El tribunal no designará más que un perito titular por cada cuestión o conjunto de cuestiones que hayan de ser objeto de pericia y que no requieran, por la diversidad de su materia, el parecer de expertos distintos.

1. Momento procesal en que las partes han de pedir la designación de perito judicial.

Esquema:

Verbal puro

Actor: En la demanda.

Demandado: Diez días antes de la vista ("al menos con diez días de antelación al que se hubiera señalado para la celebración del acto de la vista" [Art. 339.1, al que se remite el 339.2]).

Ordinario y verbal con contestación escrita

Actor: En la demanda y, en el juicio ordinario, en la **audiencia previa** (STS de 10 de Febrero de 2011 [ROJ: STS 269/2011]) Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER y de la SAP Zaragoza, sección 2ª, de 30 de Julio de 2003 [ROJ: SAP Z 1940/2003] Ponente: FRANCISCO ACIN GAROS).

Demandado: En la contestación.

Ambas partes: En el juicio ordinario, en la audiencia previa si se dan las circunstancias del art. 339.3 LEC. ("en el juicio ordinario, si, a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia, las partes solicitasen, conforme previene el apartado cuarto del art. 427, la designación por el Tribunal de un perito que dictamine, lo acordará éste así, siempre que considere pertinente y útil el dictamen, y ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el Tribunal nombre").

2. Momento procesal en que tiene el Tribunal que proceder a la designación de perito judicial.

Esquema:

2.1 Verbal puro

Pericial pedida por el actor (sin conocerse si el demandado va a solicitarla): en el plazo de dos días a contar desde la presentación de la solicitud.

2.2. ¿Hay que esperar a que la pida el demandado o a que pase el plazo máximo en el que puede solicitarla el demandado, para proceder a la designación judicial del perito pedido por el actor a fin de posibilitar la práctica de pericial conjunta con un solo perito?.

Dice el art. 339.2, párrafo tercero, último inciso que "cuando ambas partes la hubiesen pedido inicialmente, el Tribunal podrá designar, si aquéllas se muestran conformes, un **único perito** que emita el informe solicitado. En tal caso, el abono de los honorarios del perito corresponderá realizarlo a ambos litigantes por partes iguales, sin perjuicio".

Si, a los dos días de la petición del actor se procede a designar perito, y, luego, una vez citado el demandado, interesa dentro de plazo la designación de perito judicial, la LEC no da pautas de cómo compatibilizar el nombramiento ya hecho, con la posibilidad de nombramiento conjunto.

Se plantean **tres posibilidades:**

1.- Esperar a que se cumpla el límite previsto para la solicitud de designación por el demandado (10 días antes de la vista) para proceder al nombramiento.

2.- Poner en marcha el procedimiento de nombramiento, interesando de Decanato la designación del perito que por turno corresponda, y esperar a que transcurra el plazo límite de solicitud para el demandado, para nombrar perito y citarle a que acepte el cargo.

3.- Tramitar la solicitud de pericial del actor con independencia y en caso de que se solicitase la pericial por el demandado y hubiere acuerdo para que fuere conjunta, interesar del perito nombrado que la ampliara a los extremos propuestos por el demandado, aunque esta solución tiene el inconveniente de que el actor puede ya haber prestado la provisión de fondos.

Pericial pedida por la parte demandada: en el plazo de dos días a contar desde la presentación de la solicitud, es decir, en todo caso, antes del octavo día previo la vista, porque, recuérdese, el demandado deberá pedir en todo caso la pericial en el juicio verbal puro diez días antes de la contestación ("al menos con diez días de antelación al que se hubiera señalado para la celebración del acto de la vista" [Art. 339.1, al que se remite el 339.2]).

2.3 Ordinario y verbal con contestación escrita

La designación judicial de perito deberá realizarse en el plazo de **cinco días** desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quien haya solicitado dicha designación.

3.- Cuestiones genéricas sobre la pericial judicial.

3.1. ¿Basta con anunciar el propósito de valerse de prueba pericial de designación judicial, o, además, ha de especificarse el objeto sobre el que ha de versar la pericia para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre su utilidad y pertinencia?.

Evidentemente, aunque la L.E.C. 1/2000 no lo establezca expresamente, en el momento de solicitar la designación de perito por el Tribunal, el solicitante deberá expresar el objeto o extremos sobre los que deba versar el dictamen, pues, si la L.E.C. señala, para que el Tribunal pueda hacer el control de pertinencia.

3.2. Habiéndose solicitado en tiempo la designación judicial de perito, pero no habiéndose especificado su objeto, ¿tal defecto es subsanable o precluye la posibilidad de hacerlo si no se ha hecho dentro del término preclusivo? ¿Cabe que el Tribunal requiera a la parte proponente para que subsane el defecto de no indicar sobre qué concretos extremos ha de practicarse la pericial judicial que ha propuesto en tiempo?.

Si cabe ese requerimiento subsanatorio. La deficiente redacción de la L.E.C. 1/2000 no puede privar de dicha prueba a la parte que ha expresado con claridad su voluntad de servirse de un perito judicial. Por ello ha de considerarse subsanable, y así se entiende en una extendida práctica judicial, no la proposición de designación, sino el concreto objeto sobre el que ha de versar el dictamen (en este sentido, FONT SERRA, Cuadernos de Derecho Judicial VII, 2000).

3.3. ¿Es nula la designación de perito judicial que se hace por el Tribunal en momento distinto al señalado por la norma?.

La cuestión es resuelta por la SAP Madrid, sección 14ª, de 08 de Septiembre de 2005 [ROJ: SAP M 9749/2005] Ponente: PABLO QUECEDO ARACIL: "Si se toma al pie de la letra la designación en los cinco días posteriores a la contestación a la demanda, la consecuencia es que la declaración de pertinencia y utilidad de la aprueba se adelanta desde su lugar natural que es la Audiencia previa (art.429 L.E.C.), a otro momento inmediatamente posterior a la demanda, en el que aun no se ha definido con exactitud la postura de las partes sobre los hechos, ni se han realizado las alegaciones aclaratorias, complementarias etc., ni en suma se ha

perfilado el objeto del proceso; malamente podrá opinar el perito sobre hechos que puede que no necesiten prueba por ser admitidos, y con el inconveniente añadido del gasto procesal que a la postre pueda ser inútil.

La otra postura, consiste en llevar la decisión sobre la pertinencia y utilidad de la prueba pericial judicial y nombramiento de perito, inicialmente pedido en los escritos de demanda y contestación, a **la Audiencia Previa** en la que definido completamente el objeto del proceso, pueda decidirse si el dictamen pericial es pertinente y útil o superfluo; podía ocurrir que del resultado de la Audiencia la prueba pericial fuese intrascendente o inútil, o que la fijación del alcance y extensión de su objeto sean distintos del inicialmente previsto. **Lo que ahora nos interesa es que la designación en uno u otro de los momentos no lleva aparejada la nulidad e ilicitud de la prueba;** pueden defenderse los dos momentos como hábiles para la admisión de la prueba y designación judicial del perito; la Audiencia Previa es siempre posterior en cinco días a la contestación a la demanda, y la única virtualidad de la norma es la de evitar que por razón de la designación de perito se retrase el juicio. No se trata de norma que verse sobre los elementos esenciales de igualdad y contradicción que deben presidir los actos de prueba, si no de una norma de utilidad y de tiempo procesal relativo. Lo que realmente prohíben los Arts. 338 y 339 L.E.C. en relación con los Arts. 426 y 427 L.E.C. es que se propongan pruebas periciales extemporáneamente, admitiendo excepcionalmente las que surjan a consecuencia del desarrollo de la propia Audiencia Previa, pero ese no es el caso de autos".

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, Auto de 31 Mar. 2014, rec. 282/2013 Ponente: Plaza González, Gregorio. N° de Recurso: 282/2013 "Es evidente que **el juez puede valorar en este momento la pertinencia y utilidad de la prueba, pero solo a los efectos de la designación de perito judicial** (artículo 339.2 LEC), que es el único extremo sobre el que se pronuncia. La LEC en ningún momento se refiere a la admisión de la prueba pericial, como tampoco a la proposición de prueba. La proposición y admisión de prueba se efectúa en el acto de la audiencia previa (artículo 429 LEC), salvo las disposiciones especiales sobre admisión de prueba (artículos 293 y ss. LEC y, en especial, artículo 294 LEC, en donde la LEC expresamente se refiere a la proposición y admisión). Con la designación de perito judicial se facilita la posibilidad de disponer del correspondiente informe pericial cuanto antes, para su aportación, como ocurre con la pericial de parte (bien aportada inicialmente o bien, si es anunciada, con la aportación cinco días antes de la audiencia previa, artículo 337.1 LEC). Lo expuesto resulta

fundamental para que las partes puedan ejercer la facultad contemplada en el artículo 427.2 LEC, previa a la admisión de los medios de prueba, es decir, la expresión de manifestaciones sobre los dictámenes periciales aportados, admitiéndolos, contradiciéndolos o proponiendo que sean ampliados. No debe esto confundirse con la posibilidad para el demandado de efectuar alegaciones en la contestación a la demanda sobre la prueba pericial (judicial o de parte) de la parte actora (una vez solicitada por ésta designación de perito, en un caso, o anunciada la aportación del dictamen, en otro) posibilidad de la que carece, como es obvio, el actor respecto de la pericial del demandado, ya que no dispone de ningún nuevo trámite de alegaciones o réplica. En este último caso la prueba pericial judicial se "admitiría" sin posible manifestación alguna del actor, de lo que resultarían distintas facultades en relación a la pericial judicial según se trate del actor o del demandado. Por ello no hay un doble régimen de prueba pericial judicial (la del actor o la del demandado, con distintas facultades) ni la prueba pericial judicial altera el régimen general de proposición y admisión de medios de prueba, que se sustancia en la audiencia previa, con plenas posibilidades de efectuar alegaciones por ambas partes.

En la LEC 1881 (artículo 612) la proposición y admisión de prueba también se concentraba en el juicio tipo de menor cuantía, en ese caso en la comparecencia prevista en el artículo 691 LEC 1881, en la que previamente se fijaban los hechos controvertidos (artículo 693 LEC 1881) y se podían efectuar las alegaciones pertinentes por las partes.

En definitiva, la prueba pericial judicial y la prueba pericial de parte tienen peculiaridades propias debidas a sus características, en cuanto la primera requiere designación de perito y la segunda el anuncio de la presentación y, en consecuencia, tienen también particularidades en la aportación de los dictámenes, pero no hay un doble régimen de proposición y admisión, ni la proposición y admisión puede confundirse con la designación de perito y aportación de dictamen (en la pericial judicial) o con el anuncio y posterior aportación de dictamen (en la pericial de parte), actos en ambos casos previos a dicha proposición y admisión, que se concentra en la audiencia previa respecto de todos los medios de prueba y de todos los tipos de prueba pericial.

Y el que la audiencia previa es el trámite esencial para la propuesta y admisión de los medios de prueba, sin que el artículo 339.2 LEC altere las reglas generales sobre proposición y admisión, se evidencia de lo dispuesto en el artículo 428 LEC, en cuanto en dicho acto se procede a la fijación de los hechos controvertidos, elemento previo

necesario para que el juez finalmente se pronuncie sobre la admisión de los medios de prueba, ya que la prueba solo se practica en relación a los hechos controvertidos (artículo 281.3 LEC). La citada sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sec. 5ª) de 18 de junio de 2013 considera que la falta de mención en la audiencia previa de la prueba pericial judicial supone "un medio probatorio que no fue propuesto en la audiencia previa".

En consecuencia, si bien se efectuará la designación de perito judicial en el momento previsto en el artículo 339.2 LEC, es la audiencia previa el trámite establecido para la proposición y admisión de prueba".

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, Auto de 19 May. 2014, rec. 282/2013 Ponente: Plaza González, Gregorio. N° de Recurso: 282/2013 "Considera el recurso que el tenor del artículo 339.2 LEC (LA LEY 58/2000) es terminante, precepto que se encabeza en la LEC del siguiente modo: "Solicitud de designación de peritos por el tribunal y resolución judicial sobre dicha solicitud"(énfasis añadido)".

En el caso de la prueba pericial (judicial o no) la Ley procura que los dictámenes sean aportados cuanto antes al proceso.

Y es esta, y no otra, la finalidad que persiguen los artículos 336, 337.1 y 339.1 LEC.

No es algo que justifiquemos de forma tortuosa. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2010, con este sistema normativo que disponen los artículos 336.3 (LA LEY 58/2000) y 4 y 337.1 LEC (LA LEY 58/2000) se 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. Y aunque la recurrente pueda entender que ofrecemos "aparentes justificaciones en Derecho" humildemente consideramos que la finalidad del artículo 339 LEC es la misma. En ninguno de estos preceptos se plantea la proposición o admisión de medios de prueba. Su único fin es poder disponer cuanto antes del dictamen pericial. Para ello, en la pericial judicial, se dispone también un sistema de designación y llamamiento de peritos (artículos 341 y 342 LEC). Estas actuaciones previas sobre la gestión probatoria no son las únicas que contempla la LEC. En otros casos se justifican en virtud del principio de concentración, de manera que se disponga en un solo acto

de toda la prueba que pueda ser propuesta y admitida con el objeto de que se practique en dicho acto. Así ocurre con la citación de los testigos, previa su designación, en el juicio verbal (artículo 440 LEC), lo que no comporta ni proposición ni admisión de prueba.

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, Sentencia de 9 Feb. 2007, rec. 212/2006 Ponente: Ibáñez de Aldecoa Lorente, Ramón. N° de Sentencia: 54/2007 N° de Recurso: 212/2006 "NULIDAD DE ACTUACIONES. Inexistencia de indefensión por el hecho de que se haya producido un retraso sobre el plazo legalmente previsto para la designación de perito judicial. El artículo 339-2 establece que la designación judicial de perito deberá realizarse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quien haya solicitado dicha designación, y en el presente supuesto, efectivamente no se ha respetado dicho plazo, pues fue la parte demandada la que solicitó la designación judicial de perito, en el escrito de contestación a la demanda, que se presentó el 28 de octubre de 2.005, y, sin embargo, la designación del perito no se efectuó hasta el 18 de noviembre de 2.005, en la audiencia previa; sin embargo, ni siquiera alega la parte apelante que ese mero retraso en la designación del perito, en ningún caso imputable a la parte que propuso la prueba, pueda haberle causado efectiva indefensión, requisito este imprescindible para poder declarar nulidad de actuaciones por infracción de normas de procedimiento, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 238-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En ningún caso pueden estimarse infringidos los artículos 265-4 y 336-4 en este supuesto, toda vez que la parte demandada no ha tratado de aportar extemporáneamente un dictamen pericial emitido por perito por ella designado al margen del proceso (que es lo que tratan de impedir tales preceptos), pues lo que hizo fue solicitar la designación judicial de perito en tiempo y forma".

Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, Sentencia de 10 Dic. 2010, rec. 162/2010 Ponente: Rodríguez López, Ricardo. N° de Sentencia: 474/2010 N° de Recurso: 162/2010: "...es cierto que el perito judicial no se designó en los cinco días siguientes a la presentación de la contestación a la demanda, como prescribe dicho precepto, sino en el acto de la audiencia previa, pero ni consta que la parte recurrente denunciara en su momento tal infracción procesal, ni tampoco tiene relevancia porque el acto de la audiencia previa tiene como finalidad relevante subsanar los defectos procesales que se hayan podido producir, máxime cuando la demora en la designación judicial no ha causado indefensión alguna a la recurrente porque sabía de antemano que se había solicitado designación judicial de perito y que el informe a emitir por

éste puede ser presentado hasta cinco días antes de la celebración del acto del juicio (la omisión del traslado del informe en el plazo legalmente previsto sí podría haberle supuesto indefensión, pero no es el caso). Por lo tanto, la eficacia probatoria del informe emitido por el perito designado judicialmente no se desvirtúa por el momento procesal en que se hubiera hecho la designación judicial.

3.4. ¿Qué forma ha de tener la resolución judicial que declara pertinente la prueba pericial?. Debe tener forma de auto. La LEC reserva (art 206.1,2ª) la forma de auto ("se dictarán autos") a las resoluciones sobre "admisión o inadmisión de la prueba".

4. Problemas específicos de los distintos números del art. 339 LEC.

4.1.- Sobre el 339.1 ¿La expresión "a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito" implica que es imperativa la designación por parte del Tribunal?.

No, en la admisibilidad de toda prueba deben regir los principios generales que sobre la admisión de la misma establece la propia LEC.

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, Sentencia de 28 Ene. 2003, rec. 485/2002 Ponente: Seijas Quintana, José Antonio. Nº de Sentencia: 44/2003 Nº de Recurso: 485/2002: "El art. 339.1 LEC, como los demás de la misma ley sobre prueba pericial en el proceso civil, afronta de forma novedosa la regulación de la prueba de peritos en el supuesto de que cualquiera de las partes fuera titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, en el sentido de que «no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo que se establece en la Ley de Asistencia jurídica Gratuita». Pues bien, lo que aquí se plantea no es tanto el hecho de que el nuevo sistema introduzca o no en la práctica un diferente trato procesal entre el litigante con recursos económicos y el que no los tiene en cuanto no puede en la práctica aportar el dictamen extrajudicial que aquel si puede, sino si la denegación judicial de la prueba se acomodó a los dictados del artículo 24 de la CE. En este sentido conviene recordar la conocida, por reiterada, jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la configuración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa como derecho fundamental incardinado en el art. 24 CE, dada, lógicamente, la importancia de la actividad probatoria dentro del proceso Pero es el caso que la denegación de la prueba no ha vulnerado este fundamental derecho puesto que fue la propia parte recurrente quien desatendió las reglas que la Ley exige para su admisión, como es el no haber solicitado el nombramiento de perito en su escrito inicial, como era preceptivo. En cualquier caso, esta Sala ya se pronunció sobre los extremos ahora cuestionados en el auto de fecha 14 Nov. 2002 en el que se denegó la práctica de prueba en esta segunda instancia, dándolo por reproducido en aras de la brevedad".

4.2.- Supuesto previsto en el art. 339.2, párrafo tercero: ambas partes piden pericial judicial y se muestran conformes con que se nombre a un único perito.

4.2.1 ¿Qué ocurre si, habiendo pedido inicialmente las dos partes designación de perito judicial, las partes no se

muestran conformes con la calidad del perito a nombrar (por ejemplo una parte quiere un traumatólogo y otra un especialista en valoración del daño corporal, o una quiere un Ingeniero y otra un Arquitecto)?. ¿Puede el Tribunal nombrar a un único perito de la calidad que él quiera (incluso de otra especialidad distinta)?.

El Tribunal no está vinculado con el tipo de profesional que le solicita la parte si la pericia la poseen profesionales con títulos profesionales distintos, correspondiéndole al Tribunal decidir cuáles son los conocimientos más apropiados para emitir el dictamen.

Así lo estableció la jurisprudencia en cuanto a la legislación anterior; en concreto, **el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de febrero de 1990**, en relación a un supuesto en que la parte solicitó la pericia de ingenieros de caminos, canales y puertos y se designaron para la insaculación tres arquitectos superiores, manifestó que "arbitrándose en el art. 616, el procedimiento designativo de los peritos, bien por acuerdo, bien por insaculación; parece, pues, que no cabe duda en que esta ordenación, en sustancia, hace que el tribunal quede sujeto a la observancia de que el dictamen verse sobre el objeto postulado, y que los peritos designados por el camino señalado sean hábiles en cuanto a titulación o competencia requerida, sin que, claro es, tengan que ceñirse, inexorablemente, a que los elegidos sean de un cuerpo especial según le interese a la parte proponente..., máxime cuando... los profesionales elegidos lo son porque se adscriben precisa y cabalmente a la índole de la controversia" (STS de 13 de Febrero de 1990 [ROJ: STS 13394/1990] Ponente: LUIS MARTINEZ CALCERRADA GOMEZ).

4.2.2 "Salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda"

No obstante, conviene recordar que tradicionalmente, la línea jurisprudencial en esta materia era la que señala la **SAP de Lugo, sección 1ª, de 07 de Febrero de 2007** [ROJ: SAP LU 225/2007] Ponente: JOSE ANTONIO VARELA AGRELO: "para que pueda solicitarse la designación de perito judicial en la audiencia previa no basta la existencia de informes contradictorios de parte, presentados con la demanda y la contestación, sino que se justifique la necesidad de la prueba por las **alegaciones o pretensiones novedosas del escrito de contestación, sin que baste a tal efecto la mera negación de los hechos de la demanda**".

Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª, Sentencia de 18 Mar. 2008, rec. 2016/2008 Ponente: Fontcuberta de la Torre, María Teresa. N° de Sentencia: 2096/2008 N° de

Recurso: 2016/2008: "Sin embargo, la Sala considera que no se daba el presupuesto exigido en el art. 339.2 de la L.E.C ., para admitir tal prueba en el acto de la audiencia previa. Así, el apartado segundo de dicho precepto establece respecto a la solicitud de designación de peritos por el tribunal, que "el demandante o el demandado podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales, que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden necesario o conveniente para sus intereses la emisión del informe pericial". Añadiendo la norma que "salvo que se refiera alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar con posterioridad a la demanda o a la contestación, informe pericial elaborado por perito designado judicialmente. En el presente caso, la emisión del dictamen debía versar sobre los siguientes extremos: si se han realizado o no los trabajos de la factura 119/02 y de la factura 199/02 bis; y si los precios facturados por materiales y mano de obra eran los habituales en el año 2002. Conforme a tal petición resulta patente que la parte actora trataba de acreditar que todos los trabajos reseñados en ambas facturas se habían realizado, habida cuenta de que conocía la razón por la que el demandado se negaba a abonar el importe de la factura 199/02 bis. El motivo de la oposición al pago, lo conocía por lo manifestado por el demandado frente a la solicitud de procedimiento monitorio, y así lo hizo constar la parte actora en la demanda de juicio ordinario, señalando en el punto cuarto de los hechos, que el demandado se había opuesto al monitorio negando la certeza de que la actora hubiera ejecutado para el demandado los trabajos relacionados en la factura 199/02 bis. De modo que, conociendo de antemano las razones de oposición a la demanda, la actora hubiera debido solicitar en su escrito inicial, la designación judicial de perito".

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Sentencia de 21 Mar. 2013, rec. 427/2011 Ponente: Illescas Rus, Angel Vicente. Nº de Sentencia: 156/2013 Nº de RECURSO: 427/2011: "De conformidad con lo prescrito en el art. 339, apdo. 2 LEC 1/2000, previene que "El demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En tal caso, el tribunal procederá a la designación, siempre que considere pertinente y útil el dictamen pericial solicitado. Dicho dictamen será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas...", y añade: "... Salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar, con posterioridad a la demanda o a la contestación, informe pericial elaborado por

perito designado judicialmente". En rigor técnico-jurídico, lo contemplado por la LEC 1/2000 no es que, ante cualquier hipótesis de refutación por el demandado -principal o reconvenicional- de las alegaciones y pretensiones de la demanda -principal o reconvenicional- cuando unas y otras aparezcan apoyadas en sendos dictámenes, quepa sic et simpliciter la petición de un tercer dictamen, sino únicamente cuando éste se oriente a la concreción de los «nova», es decir, de hechos controvertidos de acaecimiento o conocimiento sobrevenido, no en relación con las alegaciones iniciales, a menos de subvertir la disciplina legal. Así considera esta Sala que no puede solicitarse con posterioridad a la demanda o la contestación informe pericial alguno a emitir por perito de designación judicial, salvo que con posterioridad a los actos alegatorios rectores del proceso se hubieran efectuado alegaciones y pretensiones complementarias admisibles en derecho. Como se cuidó de precisar la SAP de Madrid, Secc. 21.^a, núm.366/2012, de 26 de junio (Rec. 345/2010; ROJ: SAP M 9988/2012): "La afirmación de que, al concurrir dictámenes periciales contradictorios, no pueda el Juez decantarse por uno sino que tiene que acordar un tercer dictamen pericial judicial dirimente, carece de base legal alguna". En esta línea argumental no resultaba procedente la prueba solicitada en la forma propuesta al pretender que versase sobre los mismos extremos concernidos por los informes incorporados con los escritos iniciales".

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17^a, Sentencia de 26 Mar. 2008, rec. 842/2007 Ponente: Mateo Marco, Amelia. N° de Sentencia: 167/2008 N° de Recurso: 842/2007: "Es cierto, como alegan los apelantes, que la actora no solicitó en su escrito de demanda la designación de perito judicial, sólo anunció la posibilidad de solicitarla más adelante, en el caso de una eventual introducción por parte de la demandada de alegaciones sobre datos relativos a la finca, como su situación arrendaticia, u otros que pudieran influir en su valoración, y no hubieran podido ser tenidos en cuenta por aquélla, al desconocerlos por no ser la propietaria de la misma, como efectivamente ocurrió. La demandada hizo referencia a tales datos y circunstancias en su contestación, y, en consecuencia, la actora solicitó la práctica de la prueba pericial judicial en la audiencia previa, la cual debe entenderse correctamente acordada, ya que el propio art. 339.2 LEC establece que "salvo que se refiere a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar con posterioridad a la demanda o a la contestación, informe pericial elaborado por perito designado judicialmente", de donde "a sensu contrario" debe inferirse que sí se podrá solicitar cuando existan dichas nuevas alegaciones, máxime cuando incluso se había anunciado

ya para el caso de que así fuera, lo que excluye además por completo la supuesta indefensión que alega la apelante que le ha producido la práctica de la misma".

4.3. ¿Qué quiere decir el artículo 339.3 cuando se refiere a que "ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el Tribunal nombre"?. ¿Tienen las partes que comprometerse a aceptar anticipadamente el contenido, las conclusiones, informe del perito, a modo de juramento decisorio?.

Se ha venido interpretando esta expresión en el sentido que, salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda o en la contestación, no se podrá solicitar con posterioridad a la demanda o a la contestación informe pericial elaborado por perito designado judicialmente. En el juicio ordinario, si las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia previa suscitasen la necesidad de solicitar la designación por el Tribunal de un perito que dictamine y así lo solicitasen, el Tribunal sólo acordará la designación del perito, si, además de la pertinencia, utilidad del dictamen y necesidad de conocimientos especializados, concurren los siguientes requisitos:

a) que ambas partes se muestren conformes con el objeto de la pericia.

b) que ambas partes se muestren conformes en que el Tribunal realice la designación del perito que emita el dictamen.

* **SAP Barcelona, sección 4ª, de 26 de Mayo de 2009** [ROJ: SAP B 5477/2009] Ponente: MIREIA RIOS ENRICH: "Es decir, a sensu contrario, que si no se producen en juicio alegaciones o pretensiones complementarias a aquellas que fueron objeto de demanda o contestación en su caso, no procederá acceder a la designación judicial de perito".

* **SAP Cádiz, sección 8ª, de 20 de Abril de 2005** [ROJ: SAP CA 2539/2005] Ponente: BLAS RAFAEL LOPE VEGA: "En este caso el artículo parece que es un poco más amplio pues se refiere a alegaciones complementarias, que el artículo 426-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite que se realicen sin alterar sustancialmente ni las pretensiones ni sus fundamentos. Pero, precisamente por esa mayor amplitud en el supuesto, la norma exige que ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre. No ocurrió así en el caso que nos ocupa y por ello la prueba fue indebidamente admitida".

* **Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Sentencia de 3 Abr. 2006**, rec. 97/2006. Ponente: Avelló Zapatero, Ramón. N° de Sentencia: 137/2006 N° de Recurso: 97/2006: "Asimismo, el artículo 338 contempla la posibilidad de aportación de dictámenes en función de actuaciones procesales posteriores a la demanda, en virtud de las alegaciones hechas en la contestación a la demanda o en el acto de la audiencia previa, en cuyos casos la aportación de tales dictámenes corresponderá a las partes, con cinco días de antelación a la celebración del juicio, como reitera el artículo 427 número 3, referido específicamente al juicio ordinario. Finalmente, el artículo 339 regula la designación de Peritos por el Tribunal, en cuyo supuesto, salvo cuando se trate de parte que goce del beneficio de asistencia jurídica gratuita, la solicitud debe formularse en los respectivos escritos iniciales, como establece el número dos del precepto, que a continuación dispone que salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar con posterioridad a la demanda o a la contestación, informe pericial elaborado por perito designado judicialmente; regla que a propósito del juicio ordinario ratifica el artículo 427 número 4, y a la que debe añadirse que en estos casos si las partes, a consecuencia de las alegaciones vertidas en la audiencia previa, solicitasen la designación por el Tribunal de un Perito que dictamine, lo acordará este así, siempre que considere pertinente y útil el dictamen y ambas partes se muestren conformes con el objeto de la pericia (art. 339 número 3). La aplicación de la normativa procesal precedentemente expuesta al supuesto de autos permite concluir para la prueba pericial propuesta en el acto de la audiencia previa, con designación judicial de Perito, fue propuesta y admitida irregular y extemporáneamente, ya que el examen de las actuaciones pone de manifiesto que la parte actora acompañó con su demanda un informe pericial médico, sin que posteriormente, al tener conocimiento de la tesis defensiva de la Compañía demandada, hubiese aportado otro informe pericial, como le permitía el artículo 338. Sólo en el acto de la audiencia previa propuso pericial, en los términos que constan en el escrito unido al acta de la audiencia, prueba que versaba fundamentalmente sobre la valoración de las secuelas de la lesionada, es decir, se trataba fundamentalmente de corroborar la tesis de la demanda, mediante el dictamen de un nuevo Perito de designación judicial, para lo que no existía acuerdo entre las partes. En definitiva, se trata de una prueba propuesta con posterioridad a la demanda y contestación, sobre los hechos referidos en la primera y sin acuerdo entre las partes, lo que pone de manifiesto que el Juzgado al admitirla le apartó de las normas legales reguladoras de dicho medio de prueba".

No está conforme con esta interpretación BONET NAVARRO ("Análisis Crítico de la LEC: propuestas de mejora", Manuales de Formación Continuada, 29, 2004), para quien no es exigible esta doble conformidad, porque, a su juicio, "es obvio que si no están conformes en que sea un único perito, será necesaria la designación de dos". Añade que "la conformidad no puede versar sobre el objeto de la pericia cuando las partes hayan formulado alegaciones complementarias distintas. Eventualmente, cada una de esas alegaciones deberá dar lugar a una prueba pericial distinta. En este caso, si cada parte pide la designación judicial del perito es obvio que lo será para probar sus alegaciones que no tienen por qué constituir un solo y único objeto de pericia".

El Tribunal Supremo (**STS de 10 de Febrero de 2011** [ROJ: STS 269/2011]) Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER) en un supuesto en el que se había interesado por la parte actora la práctica de prueba pericial por ingeniero de obras públicas especialista en carreteras "dada la contradicción existente entre los informes aportados por cada una de las partes con sus escritos iniciales", dice (i) que se trataba de una prueba "de posible relevancia en el resultado del pleito" que debió ser admitida, (ii) 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.

Por tanto, habrá que concluir que en esta Sentencia el Tribunal Supremo establece que el actor puede pedir en la audiencia previa la designación judicial de perito, **sin necesidad de que la parte contraria muestre su conformidad.**

La SAP Zaragoza, sección 2ª, de 30 de Julio de 2003 [ROJ: SAP Z 1940/2003] Ponente: FRANCISCO ACIN GAROS: Lo que no parece claro es que las partes tengan que comprometerse a aceptar anticipadamente el contenido, las conclusiones, informe del perito, a modo de juramento decisorio de la Ley de Enjuiciamiento derogada, aunque es cierto que el texto legal se presenta como si se tratase de una prueba vinculante en cuanto a su resultado incierto.

Parece aceptar ese carácter vinculante la SAP Segovia, sección 1ª, de 31 de Octubre de 2002 [ROJ: SAP SG 488/2002] Ponente: ANDRES PALOMO DEL ARCO: "Premisa desde la cual no puede prosperar el motivo alegado; pues con independencia de las literales previsiones del artículo 339.3 LEC, si, a consecuencia de las alegaciones o pretensiones

complementarias permitidas en la audiencia, las partes solicitasen, conforme previene el apartado cuarto del artículo 427, la designación por el tribunal de un perito que dictamine, lo acordará éste así, siempre que considere pertinente y útil el dictamen, y ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre, y aunque ningún autor entiende que el dictamen sea vinculante, lo cierto es, que aceptado con este carácter, obrando así en acta firmada por las partes y no impugnado este extremo en momento alguno, las partes ya no pueden aunque discrepen del resultado del mismo, apartarse de sus conclusiones para instar o apoyar sus pretensiones. Al aceptarse como decisorio, no es permisible alegar conclusiones diversas; y de ahí que este motivo no pueda prosperar".

4.4. Supuesto previsto en el art. 339.4: acuerdo de partes para que el Tribunal designe como perito judicial a una determinada persona o entidad. ¿Puede denegar la propuesta de las partes si el perito no reúne los caracteres técnicos necesarios para realizar el peritaje?.

Este sistema de designación ha suscitado en la doctrina la duda de si el Tribunal puede denegar la propuesta de las partes si el perito no reúne los caracteres técnicos necesarios para realizar el peritaje. GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ (citada por ALFONSO CARLOS ALIAGA CASANOVA, en "LA INTERVENCIÓN DEL MÉDICO FORENSE EN LOS JUICIOS CIVILES DE TRÁFICO TRAS LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL", Diario La Ley, N° 5916 y N° 5917, Sección Doctrina, 18 y 19 Dic. 2003, Año XXIV, Ref. D-285, Editorial LA LEY), indica que el órgano jurisdiccional, al pronunciarse sobre la pertinencia y utilidad de la prueba, debe hacerlo también sobre la idoneidad del perito, de tal forma que si entiende que el perito no reúne las condiciones que exige el art. 340 LEC en relación con la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste no debe designarlo.

4.5.- ¿Se refiere el art. 339.5 a que el Tribunal puede imponer un perito (por ejemplo, el médico forense), o a que se practique la prueba pericial con un determinado objeto sin imponer un concreto sistema de designación?. ¿Se puede acordar de oficio la práctica de la prueba pericial?.

Se sientan las siguientes conclusiones:

- Puede acordarse de oficio, pero sólo en los procesos en los que prima el interés público a los que se refiere el art. 339.5 de la LEC, esto es, procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o procesos matrimoniales.

- El Tribunal puede imponer un concreto perito, por ejemplo el Médico Forense adscrito funcionalmente al Juzgado (en los mixtos). El Tribunal tiene la posibilidad de designar un perito de su confianza sin estar vinculado por el sistema de lista corrida.

4.5.1 ¿A quién debe imputarse el coste de la pericia designada de oficio?. Las soluciones doctrinales aquí son variadas:

CUBILLO LÓPEZ y DE LA OLIVA SANTOS (Ley de Enjuiciamiento Civil, Respuestas a 100 cuestiones polémicas) consideran que en estos casos los honorarios deben ser abonados por mitad, como sucede cuando ambos litigantes solicitan un dictamen pericial sobre el mismo extremo.

SÁNCHEZ BARRIOS (Ley de Enjuiciamiento Civil, Respuestas a 100 cuestiones polémicas), considera que son tres las posibilidades:

1.- Que el Estado asuma el pago de los peritos, aunque repara en que, por el momento, no hay partidas presupuestarias al efecto.

2.- Que cada parte pague la mitad.

3.- Que dicho desembolso reciba el tratamiento de costas del proceso, de manera que si se produce condena en costas, será el litigante condenado el que pague, y si no hubiere pronunciamiento condenatorio en costas, habrá que entender que debe integrarse en aquellos gastos "comunes", que han de ser asumidos por mitad.

4.5.2 En estos casos ¿puede pedir provisión de fondos el perito?.

Para SÁNCHEZ BARRIOS, la provisión de fondos es una posibilidad que en estos casos está vedada al perito, quien no ostenta un derecho al cobro anticipado.

4.5.3 ¿Podría ser ello motivo suficiente para aceptar su renuncia al cargo (por no poder pedir provisión de fondos)?.

Para SÁNCHEZ BARRIOS "la respuesta en general es que no, no resulta razonable subsumir este supuesto como "justa causa" del art. 342.2; el perito no deja de ser un ciudadano (bien que con conocimientos cualificados) obligado a colaborar con la Justicia para los fines propios de ésta, no para los suyos crematísticos. Únicamente en casos límite: por ej., que la realización del examen fuera a llevarle demasiado

tiempo debiendo dedicarse a ello de manera en exclusiva, sin percibir otros ingresos; que su práctica requiriera la adquisición de materiales desechables (. . .) de alto coste; casos en que la carga económica devenga excesiva e inasumible para él, cabría aceptar su renuncia y consiguiente sustitución".

En la jurisprudencia hay pocos pronunciamientos:

*** Auto de la AP de Pontevedra, sección 1ª de 28 de Mayo de 2008** [ROJ: AAP PO 423/2008] Ponente: MANUEL ALMENAR BELENGUER: "Por el contrario, en el caso de que el perito sea designado por el Tribunal de oficio o "motu proprio", al amparo del art. 339.5 LEC, a saber, en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales, como quiera que no existe intervención de las partes, no cabe hablar de negocio jurídico bilateral, de manera que la reclamación de los honorarios deberá efectuarse por el cauce del art. 242.3 LEC, que exige la previa condena en costas (recuérdese que la condena al pago de las costas existe siempre en el procedimiento civil, con independencia de que se impongan a la parte vencida o de que se establezca que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad, en cuyo caso el interesado podrá reclamar sus honorarios al 50% de cada parte).

En otras palabras, solo en el caso de que el Tribunal acuerde de oficio la práctica de determinada prueba pericial queda vedado al perito el ejercicio de una acción en reclamación de cantidad por responsabilidad contractual. En los demás supuestos, el perito podrá, o bien reclamar sus honorarios de la parte que propuso la prueba -siempre ante el orden jurisdiccional civil-, o bien aguardar al pronunciamiento sobre costas y presentar minuta detallada de sus honorarios en la Secretaria del Tribunal, solicitando que su crédito se incluya en la tasación de costas -en cuyo caso, como incidente que es de un procedimiento principal, la competencia corresponderá al órgano sentenciador, al margen del orden jurisdiccional al que pertenezca-".

*** SAP La Coruña, sección 3ª, de 21 de Mayo de 2004** [ROJ: SAP C 105/2004] Ponente: RAFAEL JESÚS FERNÁNDEZ-PORTO GARCÍA: "Plantea este apelante, con carácter previo, su discrepancia con diversas resoluciones interlocutorias del Juzgador de instancia, que fueron objeto de recursos de reposición, todos ellos desestimados. Algunos referidos incluso a las medidas provisionales, lo que no es objeto de debate en este momento procesal. Sin embargo, en el suplico del escrito interponiendo el recurso, limita su pretensión, en cuanto a este extremo, a la solicitud de que se le devuelva el pago

consignado para abono de los honorarios del perito psicólogo designado de oficio por el Juzgador. Limitándose a esta cuestión, pues sobre el resto no se realiza petición alguna, lo que plantea el apelante es que el Juzgado acordó de oficio la práctica de una prueba pericial, al amparo de lo establecido en el artículo 339.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigiéndose a las partes que consignase cada una la mitad de la provisión de fondos solicitados por la psicóloga, cuando el artículo 342.3 de dicho texto legal limita esa obligación al supuesto de que sea la parte quien solicite la prueba, de lo que se deduce, en tesis de la apelante, que si el Juez acuerda de oficio su práctica, será el Ministerio de Justicia quien tendrá que abonar los honorarios correspondientes, y no las partes. El motivo no puede ser estimado.

La posibilidad de que el perito sea proveído de fondos no figuraba en el Proyecto de Ley remitido al Congreso, y se introduce durante su tramitación parlamentaria. Es precepto inicialmente configuraba esa entrega a cuenta como una auténtica provisión de fondos, es decir, para atender a los gastos en que incurriría el perito para poder realizar su dictamen (gastos de desplazamiento, contratar personal auxiliar, etcétera). Sin embargo, dado que en la anterior práctica forense no era inusual que los peritos al final no consiguiesen cobrar sus honorarios (lo que ocasionaba que muchos profesionales se negasen a colaborar en las pericias judiciales), actualmente se ha convertido en un sistema para asegurar anticipadamente el cobro de los emolumentos finales; hasta el punto de que esa provisión de fondos suele ser el total de la factura final, y no se llega a entregar al técnico anticipadamente, sino una vez que ha ratificado su informe ante el Juzgado. La provisión de fondos se ha convertido en una medida de aseguramiento del cobro de los honorarios mediante la previa consignación en la cuenta del Juzgado.

La cuestión planteada es si el precepto debe interpretarse literalmente, y en un sentido restrictivo, es decir que la parte sólo está obligada a abonar los honorarios de los peritos cuando sean ellos quienes hayan solicitado la prueba pericial (tesis de la apelante); o también debe incluirse ese deber cuando es el Juzgado quien acuerda la prueba. A la hora de regular las facultades del Juez sobre la práctica de pruebas, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil distingue tres supuestos distintos: 1º.- La mera indicación a las partes sobre pruebas que puedan resultar convenientes, pero que deben ser propuestas por las partes, y no acordadas de oficio (artículos 429.1 y 443 último párrafo); 2º.- la posibilidad de acordar pruebas de oficio cuando el procedimiento verse sobre cuestiones que afectan al estado

civil (artículos 339.5, 752.1, 770-4º); y 3º.- las diligencias finales (artículo 435). La interpretación literal del artículo 342.3, así como la de los artículos 26.2-7ª ("a su instancia"), 241.1 ("a su instancia") y 242.3 podría llevar a considerar que las partes sólo están obligadas a pagar, y por lo tanto a adelantar fondos, cuando la prueba se proponga a su instancia; lo que conllevaría que, cuando sea el Tribunal, en uso de sus facultades de oficio o como diligencia final, el pago correspondería al órgano administrativo correspondiente (en este caso a la Consellería de Xustiza, y no al Ministerio como se indica). Pero tal interpretación no puede ser compartida. Salvo que las partes hayan obtenido el beneficio de Asistencia Jurídica Gratuita, están obligadas a abonar todos los gastos que se produzcan, incluidos los ocasionados por las pruebas acordadas por el Juzgado. Máxime cuando, si se hubiese obtenido el beneficio mencionado, el sistema de designación de peritos es muy distinta, pues corresponde a la Consellería de entre los funcionarios de la Xunta de Galicia".

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, Sentencia 225/2014 de 29 Sep. 2014, Rec. 190/2014 Ponente: Riaza García, Jaime. N° de Sentencia: 225/2014 N° de Recurso: 190/2014: "En el supuesto enjuiciado la parte pretende que la prueba pericial se practique por el equipo sicosocial adscrito a los Juzgados de Primera Instancia de esta sede, cual si tuviera reconocido el derecho a que se le administre justicia gratuitamente y en consecuencia fuera de aplicación lo dispuesto en el artículo 6.6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita ; sin embargo el recurrente litiga bajo letrado y procurador de su designación y no ha solicitado dicho beneficio, de manera que únicamente podría haber interesado la designación judicial de perito arreglada a lo normado en el artículo 339 de la LEC y comprometiéndose a correr con dicho gasto, sin perjuicio de lo que se dictaminase en costas; es así que la proposición de prueba articulada en la instancia infringe lo dispuesto en dicho precepto y consecuentemente debe entenderse correctamente denegada".

4.6. ¿Puede el Juez utilizar la vía excepcional de diligencias finales acordadas de oficio del art. 435.2 LEC, cuando se encuentre en el pleito con dos dictámenes periciales contradictorios?.

Se expone la opinión de PICÓ I JUNOY, cuando existen dos dictámenes contradictorios éstos no han sido conducentes a la finalidad perseguida, que no es otra que convencer al Juez sobre los hechos litigiosos, y llega a la conclusión de que cabe la posibilidad de que el Juez acuerde de oficio la prueba pericial. No obstante, la **conclusión unánime más razonable es que no cabe acordar la pericial como diligencia**

final en estos casos, reproduciéndose en este punto las dificultades comentadas sobre coste de la pericia y provisión de fondos en caso de periciales acordadas de oficio.

¿Y si lo "sugiere el juez" en la audiencia previa?.

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, Sentencia de 4 May. 2006, rec. 94/2005 Ponente: Fernández-Rivera González, Paz. N° de Sentencia: 172/2006 N° de Recurso: 94/2005: "Admisión de la prueba pericial que fue propuesta en el acto de la audiencia previa por el juzgador, la cual no constituye infracción procesal alguna, sino el ejercicio legítimo de una facultad, **dada la insuficiencia probatoria existente** "Dicho motivo debe perecer ya que según se infiere del desarrollo de la audiencia previa, que se recoge en su soporte videográfico, el juzgador "a quo" a la vista de los dictámenes técnicos aportados por las partes, haciendo uso de las facultades que la ley le confiere en el art. 429, en relación con el 427, 426 y 338 de la L.E.C. sugirió la conveniencia de la practica de una prueba pericial que se llevara a efecto sobre el terreno, lo que fue solicitado por la parte actora y admitido, por lo que ello no constituye infracción procesal alguna, sino ejercicio legítimo de una facultad ante la puesta de manifiesto por el Juez de lo que consideraba una insuficiencia probatoria".

4.7 Prueba pericial pedida y no practicada.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, Auto de 31 Mar. 2014, rec. 282/2013 Ponente: Plaza González, Gregorio. N° de Recurso: 282/2013 Jurisdicción: CIVIL: "Denegación de la prueba pericial judicial solicitada en segunda instancia. Solicitada con la demanda la designación judicial de perito sin que el Juzgado proveyese nada al respecto, y sin que la parte solicitante efectuara manifestación alguna ni cuando fue señalado el acto de la audiencia previa ni en el acto mismo de la audiencia previa, no es aceptable que dicha parte pueda en cualquier momento a lo largo del procedimiento reiterar la solicitud. La audiencia previa es, en todo caso, el momento en el que la parte debería haber denunciado cualquier defecto en relación a la prueba y haber propuesto la prueba pericial a fin de que el juez se pronunciase sobre su admisión".

5.- PROBLEMAS DE COMPATIBILIDAD ENTRE LA PERICIAL EXTRAJUDICIAL Y LA JUDICIAL

¿Resultan compatibles las dos modalidades de la prueba pericial: aportación de parte y perito designado por el juzgado?, ¿podría admitirse tal solicitud por el interés de la parte de obtener una pericial judicial "ratificadora" de la aportada junto a su escrito inicial o debe rechazarse tal petición en atención a la conjunción disyuntiva "o" expresamente recogida en el art.335.1 LEC, confirmando valor excluyente a la misma?, ¿debe seguirse criterio distinto cuando la solicitud de pericial judicial atiende a lo alegado por la adversa en la contestación a la demanda o en el acto de la audiencia previa?.

La exposición de motivos de la LEC señala que "Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, esta Ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como medio de prueba en el marco de un proceso, en el que, salvo las excepciones aludidas, no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegar y probar. Y, por ello, se introducen los dictámenes de peritos designados por las partes y se reserva la designación por el tribunal de perito para los casos en que así le sea solicitado por las partes o resulte estrictamente necesario".

Según indica la STS, Sala 1ª, 10 febrero 2011 Recurso 1353/2007 "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".

Ahora bien, no parece que tal solución se adecuada sino en los casos que indica dicha resolución, pues si ya existe prueba pericial de parte no se ve el sentido de pedir nueva prueba pericial de designación judicial con el único propósito de que se ratifique la prueba pericial ya aportada. Sobre todo lo anterior si se tiene en cuenta la dicción literal del art. 335.1 de la LEC, que parece poner a las partes en la disyuntiva de aportar prueba pericial o solicitar la designación judicial de perito, concediendo una u otra posibilidad, pero no ambas.

Lo que no parece adecuado es que pueda nombrarse **"perito dirimente"** mediante el expediente de la designación judicial de perito. A pesar de comprenderse la utilidad práctica de dicha actuación, carece de cobertura legal y, ante la disparidad de los informes periciales, no queda sino la actividad del Juez valorando la prueba conforme indica el art. 348 de la LEC.

5.1. ¿Puede solicitarse la designación judicial de perito por quien ya haya presentado con su escrito de alegaciones (demanda, contestación/reconvención o contestación a la reconvención) un dictamen pericial "de parte"?

En la **doctrina** pueden encontrarse opiniones contradictorias. Gira la discusión, principalmente, en torno a si el art. 335.1 debe interpretarse en el sentido de que la "o" supone disyuntiva, de manera que elegido presentar dictamen de perito de parte se excluye pedir dictamen de perito judicial, especialmente cuando el artículo 339.2 no contiene limitación alguna.

* **En contra** de esta posibilidad, se manifiesta SEOANE PRADO, Javier y BONET NAVARRO, Ángel, que sólo admiten que la designación sea pedida al Tribunal consecuencia de lo alegado en la contestación por el demandado (art. 339.2.II), o por las exigencias probatorias de las alegaciones o pretensiones complementarias formuladas en la audiencia previa (art. 339.4) o por la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia formulada mediante el escrito de ampliación (art. 286.3).

* **A favor** de esta posibilidad, se pronuncia FONT SERRA, Eduardo y MONTERO AROCA el art. 335.1 debe interpretarse en el sentido de que la "o" no supone disyuntiva, de manera que elegido presentar dictamen de perito de parte no se excluye pedir dictamen de perito judicial, especialmente cuando el artículo 339.2 no contiene limitación alguna.

- En la **jurisprudencia del Tribunal Supremo**, no existe un pronunciamiento claro sobre la cuestión. No obstante, ha de citarse la STS de 10 de Febrero del 2011".

- **La mayoría de la jurisprudencia de Audiencias Provinciales** admite su compatibilidad:

* SAP Madrid, sección 9ª, del 21 de Octubre del 2011 [ROJ: SAP M 14452/2011].

* SAP Tarragona, sección 3ª, de 15 de Octubre de 2006 [ROJ: SAP T 1492/2006] Ponente: JOSE LUIS PORTUGAL SAINZ

- Sin embargo, **son incompatibles** para la SAP de Córdoba, sección 2ª, de 20 de Diciembre de 2002 [ROJ: SAP CO 1764/2002] Ponente: JUAN RAMÓN BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE.

5.2. ¿Puede darse al dictamen pericial judicial la consideración de "dictamen o informe dirimente"?

Ningún precepto parece otorgarle ese valor. Como dice LEDESMA IBÁÑEZ, Pilar (La prueba pericial en el proceso civil, Cuadernos de Derecho Judicial, 2006, volumen 12), la valoración de los dictámenes periciales debe realizarse en función de su contenido, de la solidez de las conclusiones, de su contraste con el método científico y no en razón del origen o modo de designación del perito que ha emitido dicho dictamen.

Así se pronuncia la **STSJ del País Vasco, Contencioso, sección 3ª, de 25 de Enero de 2011** [ROJ: STSJ PV 1023/2011], Ponente: JOSE RAMÓN BLANCO FERNÁNDEZ: "La práctica de una prueba pericial judicial no es obligatoria para las partes; es más, la opción legislativa de la LEC 1/2000, que es la Ley rectora en cuanto a la prueba, excluye la pericial dirimente, y el dictamen de parte tiene el mismo grado de eficacia y de valor, pudiendo optar las partes por aportar sus informes elaborados por los profesionales que ellos hayan designado libremente o solicitar que el juzgado o tribunal designe un perito que elabore el dictamen.

Realmente, a la prueba pericial judicial se le ha dado carácter residual en la LEC 1 /2000 en la Exposición de Motivos (epígrafe XI, párrafo 14) y arts. 335 y 339 (en cuanto a la asistencia jurídica gratuita, esto es a la insuficiencia económica de cualquiera de las partes que le impide soportar los costes de una pericial privada, lo que provoca la designación judicial del perito; sólo a continuación, se regula la posibilidad de las partes de solicitar este tipo de pericia si lo entienden conveniente o necesario para sus intereses). De ello se infiere que las partes son libres para solicitar un segundo dictamen pericial, pero con carácter complementario a los aportados en sus escritos de alegaciones ("también" dice el art. 339.2 de la LEC), y el juez lo acordará si lo considera pertinente y útil (art. 339.2 LEC)".

Sin embargo, en la práctica la jurisprudencia da mayor relevancia a la pericial judicial. En la mayoría de los casos, cuando existen claras contradicciones entre los dictámenes de parte, el Tribunal carece de conocimientos técnicos para juzgar cuál es el informe más fiable en que basar su decisión, y en esos casos, el informe del perito

judicial puede ser el informe dirimente. En este sentido se pronuncian:

- SAP Madrid, sección 14ª, de 26 de Octubre de 2011 [ROJ: SAP M 14584/2011], Ponente: PABLO QUECEDO ARACIL.

- STSJ, Contencioso, de la Comunidad Valenciana, sección 2ª, de 31 de Mayo del 2011 [ROJ: STSJ CV 3928/2011], Ponente: JOSEP OCHOA MONZO.

- SAP Madrid, sección 20ª, de 10 de Marzo de 2010 [ROJ: SAP M 4129/2010], Ponente: SAGRARIO ARROYO GARCÍA.

La conclusión es la siguiente: no puede darse al dictamen pericial judicial la consideración de "dictamen o informe dirimente". La valoración de los dictámenes periciales debe realizarse en función de su contenido y el método científico y no en razón del origen o modo de designación del perito que ha emitido dicho dictamen. No obstante ello, se aprecia en la práctica de los Tribunales una clara tendencia a darle de facto ese carácter preponderante que no está justificado en ninguna norma legal.