

# La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su repercusión en los procesos del automóvil

Ángel-Vicente Illescas Rus  
Magistrado

**SUMARIO: I. Introducción. II. Noción de la prueba. III. Carácter de las normas rectoras de la prueba. IV. Los principios rectoros de la prueba: A) El principio de aportación de parte; B) El principio de oralidad; C) El principio de inmediación; D) El principio de concentración; E) El principio de publicidad. V. La protección del derecho a la prueba: A) La efectividad del derecho a la prueba: a) El aseguramiento de la prueba; b) La práctica anticipada; c) La obligada cooperación de partes y terceros. B) Presupuestos de la prueba; C) Los regímenes de impugnación en materia de prueba; D) Las consecuencias de la falta de prueba; E) La crítica de la prueba practicada. VI. Los concretos medios de prueba: A) Interrogatorio de las partes: a) Sujetos; b) Objeto; c) Forma; d) Valoración. B) Documentos públicos y privados: a) Momento y forma de presentación; 1º) Momento; 2º) Forma; b) Eficacia probatoria de los documentos públicos; c) Fuerza probatoria de los documentos privados; d) Los deberes de exhibición documental: 1º) De las partes; 2º) De los terceros; C) Dictamen de peritos: a) Introducción; b) Indicaciones generales: 1º) Noción; 2º) Naturaleza; 3º) Objeto de la prueba pericial; 4º) Clases de informes periciales; 5º) Cualificación de los peritos; 6º) Imparcialidad de los peritos: 6.1. Las tachas; 6.2. Abstención y recusación; c) Los dictámenes aportados por las partes; d) La designación por el órgano jurisdiccional: 1º) Solicitud; 2º) Resolución; 3º) Designación de peritos: 3.1. Número de peritos; 3.2. Modos de designación: 3.2.1. Acuerdo de las partes solicitantes; 3.2.2. Acuerdo de todas las partes; 3.2.3. Designación de oficio; 3.2.4. Designación por sorteo; 3.2.5. Solicitante beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita; 3.3. Aceptación y nombramiento; 3.4. La provisión de fondos; 3.5. Operaciones periciales. Intervención de las partes; 3.6. Emisión del dictamen; 3.7. Actuación del perito en los actos del juicio o vista; 3.8. Actuación de los peritos en casos excepcionales. e) Los dictámenes especiales: 1º) La pericia colegiada; 2º) La pericia caligráfica; 3º) El testigo-perito; f) Valoración de los dictámenes periciales; D) Reconocimiento judicial: a) Objeto; b) Procedimiento; E) La prueba de testigos: a) Sujetos; b) Tachas de los testigos; c) Objeto del interrogatorio; d) Procedimiento: 1º) Lugar; 2º) Forma; 3º) Actividad; e) Valoración; F) Los medios de reproducción de imagen y sonido: a) Los «hechos» filmados, grabados o captados de forma semejante; b) Los datos archivados por otros medios. IX. Las presunciones: A) Generalidades; B) Noción; C) Caracteres; D) Clases; E) Consecuencias de las presunciones legales; F) La prueba de lo contrario.**

## I. Introducción

1. Con harta frecuencia vemos empleado el adjetivo «nueva» en el lenguaje coloquial y en publicaciones especializadas, ora para calificar de forma prácticamente indisoluble a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —en adelante LEC 1/2000—, ora para, a través de él, designarla elípticamente.

Pero, en rigor, ninguno de los significados más usuales de este epíteto<sup>1</sup> convienen demasiado a la LEC 1/2000. Así, ni su elaboración y aprobación son tan próximas en el tiempo, aunque sí lo sea todavía su entrada en vigor a causa de la extraordinaria *vacatio legis* —un año— que previera su Disposición final vigésima primera; ni es asaz diferente o distinta de la que existía hasta el pasado 8 de enero de 2001.

Baste con reparar, v. gr., en que la LEC 1/2000 no reemplaza *in toto* a la centenaria LEC de 1881, de la que permanecen vigentes algo más de 600 preceptos en tanto no se aprueben por el Parlamento las anunciadas leyes de jurisdicción voluntaria, concursal y de cooperación jurídica internacional, que el Gobierno ha asumido el compromiso de elaborar en los plazos —de suyo impropios— prevenidos, respectivamente, en las Disposiciones finales decimotava decimonovena y vigésima de aquélla. A su vez, ni suprime completamente cualesquiera particularidades procedimentales contempladas en normas extravagantes ni impide que por medio de nuevas y sucesivas leyes de contenido predominante o exclusivamente sustantivo puedan introducirse modulaciones o tratamientos singulares respecto de la ordenación común.

De otra, en que el texto positivo no realiza buena parte de los propósitos, algunos de ellos muy loables, declarados en la Exposición de Motivos de la Ley. V. gr., sin las adecuadas medidas orgánicas y presupuestarias, es dudoso que la LEC 1/2000, por sí sola, vaya a procurar «...una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela...» (apdo. I, párr. 3.º); o que acabe definitivamente con las denostadas sentencias absolutorias de la instancia (apdo. I, párr. 5.º). Pese a afirmar lo contrario, si parece vincular —como veremos con algún detenimiento— «el cambio positivo...» a «una concentración a ultranza de los actos procesales, aplicada a cualquier tipo de casos» (apdo. II, párr. 3.º). Al menos en relación con los principios torales y los institutos más comunes no introduce, en verdad, una «completa renovación procesal...» (apdo. III, párr. 2.º). Aun admitiendo que lo haya intentado, no ofrece una respuesta clara a todos los problemas e interrogantes (apdo. IV, párrs. 3.º y 4.º), siguen advirtiéndose «insuficiencias de regulación» (apdo. IV, párr. 6.º), no es cierto que eluda el «doctrinarismo» (apdo. IV, párr. 7.º), antes bien, tercia y toma partido en importantes y conocidas polémicas dogmáticas. Tampoco es exacto que la Ley lleve a cabo una «real simplificación procedimental» (apdo. IV, párr. 6.º) o que establezca «los procesos especiales imprescindibles» (apdo. XIX, párr. 1.º): no es ya sólo que se renuncie a eliminar singularidades, las más de las veces accidentales y con cuestionable fundamento, sino que se introducen procedimientos especiales nuevos —ad. ex. el proceso monitorio, el cambiario y las *class actions*<sup>2</sup>— y se regulan de forma diseminada dificultando la labor del intérprete; entre otras muchas que podrían mencionarse.

2. Ello no significa, sin embargo, que la LEC 1/2000 no introduzca diversos e importantes cambios cuya mera relación excedería sobradamente el propósito de estas páginas. De ellos, por evidentes razones metodológicas examinaremos exclusivamente los relativos a la ordenación de la prueba.

A su vez y por motivos de oportunidad, debemos prescindir de todo dogmatismo y obviar un análisis meticuloso y exhaustivo del instituto de la prueba, limitando nuestra exposición a los particulares más relevantes de ésta íntimamente vinculados a los conflictos intersubjetivos dimanantes de los comportamientos ilícitos del tránsito motorizado.

3. En este sentido, la mención a los «procesos del automóvil» —en número plural— que figura en el título atribuido a esta ponencia, obvio es decirlo, no se propone aludir a la cantidad de litigios que se promueven en relación con esta materia, sino a los distintos cauces procedimentales a través de los cuales deben sustanciarse, en nuestro criterio, este género de causas.

Como hemos tenido de ocasión de afirmar en otro lugar<sup>3</sup>, en abstracto cabe sostener que las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda de la L.O. 3/1989, de 21 de junio, que instauraran el llamado juicio verbal «de tráfico» o «del automóvil» son normas especiales que, precisamente por ello y no obstante ser anteriores en el tiempo, no pueden quedar derogadas por una ley general posterior.

Empero se trataría de una «especialidad» muy relativa. Frente a la ordenación común de la LEC de 1881, en la que el principal criterio distributivo de los distintos procedimientos de declaración estaba representado por la cuantía, ha de reconocerse como singularidad —aunque no del todo excepcional— el que en 1989, a través de una Ley material o sustantiva, se asignase a los trámites del juicio verbal un determinado género de acciones personales de condena pecuniaria con independencia del valor de lo reclamado. Mas, como normas procesales, carecen de una genuina particularidad que pueda obstaculizar su derogación por una ley posterior; señaladamente si a la luz del sistema a que responde esa ley se desdibuja y desaparece la singularidad.

4. Tampoco cabe argumentar que se trata de normas de carácter —que no rango— orgánico, de modo que no puedan ser dejadas sin efecto por una ley ordinaria. No obstante, así se entendió —y aún hoy se mantiene<sup>4</sup>— acriticamente por algún sector de la doctrina científica y jurisprudencial, pese a que la Disposición Final de la propia Ley Orgánica 3/1989 desvanecía cualquier duda al respecto al atribuir carácter ordinario a las referidas Disposiciones Adicionales. Sin embargo, es tan sorprendente como pintoresco observar que el Legislador previó su abrogación expresa no en la LEC 1/2000 sino en la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que el Gobierno se proponía promulgar simultáneamente con aquella y que frustró su andadura parlamentaria en el Congreso de los Diputados.

Esta circunstancia, que explica el silencio de la LEC 1/2000, unida a la incorporación a su texto de buena parte del contenido de esas dos Disposiciones Adicionales, arguye vehementemente la derogación tácita de las mismas.

Así, el art. 52, apdo. 1, 9.º dispone que: «En los juicios en que se pida indemnización de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor será competente el Tribunal del lugar en que se causaron los daños»; a su vez, el art. 54, apdo. 1, reconoce a dicho fuero carácter imperativo. En consecuencia, se está reproduciendo sustancialmente el contenido de la Disposición Adicional Primera, apdo. 2.

A salvo la previsión de su reclamación oficial, el art. 265, apdos. 1, núm. 3.º y 2, incorpora la Disposición Adicional Primera, apdo. 3.

El art. 449, apdo. 3, previene que «en los procesos en que se pretenda la condena a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor no se admitirán al condenado a pagar la indemnización los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al prepararlos, no acredita haber constituido depósito del importe de la condena más los intereses y recargos exigibles en el establecimiento destinado al efecto. Dicho depósito no impedirá, en su caso, la ejecución provisional de la resolución dictada», norma que sustancialmente reproduce el contenido de la Disposición Adicional Primera, apdo. 4.

La regulación de la ejecución provisional en la LEC 1/2000 (arts. 524 y ss.) es radicalmente incompatible, y

más favorable para el litigante favorecido por la sentencia de primer grado, que el contemplado en la D.A. segunda.

5. El error del legislador al considerar necesario que la derogación de las D. Adicionales de la L.O. 3/1989 tuviera lugar a través de una Ley Orgánica no impide que, siendo palmario que no revisten dicho carácter, puedan considerarse comprendidas sin dificultad en el apdo. 3 de la Disposición Derogatoria Única de la LEC 1/2000.

Consecuentemente, ha de convenirse en que las pretensiones indemnizatorias por daños producidos con motivo u ocasión del tránsito rodado han de formularse a través del juicio declarativo que corresponda, según que la cuantía del resarcimiento postulado no alcance o exceda de 500.000 pesetas, conforme a lo dispuesto en los arts. 249, apdo. 2 y 250, apdo. 2.

6. Buena parte de los reproches por la situación «crítica» que atraviesa nuestra justicia civil, y en particular, del proceso de declaración, se han concentrado en la legislación procesal. Muchos esfuerzos ha dedicado la doctrina científica a preconizar, señaladamente durante la última mitad del pasado siglo, la necesidad de reformar una regulación procedimental que —se ha afirmado— aúna<sup>5</sup> a ciertas deficiencias de origen y concepción la obsolescencia propia del devenir del tiempo.

En materia de prueba, con notable exageración, se han llegado a imputar de forma exclusiva a nuestro ordenamiento disfunciones acaso atribuibles con mayor sensatez a otras causas, y que bien hubieran podido superarse mediante una interpretación integradora y menos literalista de algunas normas junto con la observancia estricta de otras.

7. El examen de las prioridades confesadas del régimen de la prueba en la LEC 1/2000 a la luz de la Exposición de Motivos del texto legal —sin perjuicio de que no todas se logren—, nos proporcionan *a sensu contrario* una visión aproximada de cuales son los aspectos considerados menos satisfactorios de la LEC de 1881:

a) Desvincular la disciplina de la prueba de la regulación de un concreto procedimiento y unificar su régimen entre las disposiciones generales (apdo. XI, párr. 1.º), derogando buena parte de las normas contenidas en el Código Civil, cuerpo normativo en el que se mantienen —se dice— «...aquellos preceptos relativos a los documentos que pueden tener relevancia, y no pequeña, en el tráfico jurídico. Algunos de esos preceptos que permanecen mencionan expresamente la prueba, pero, además de no ser contradictorios, sino armónicos, con los de esta Ley, ha de entenderse que tratan de la certeza y eficacia extrajudiciales. La raigambre de dichas normas ha aconsejado no derogarlas, sin perjuicio de la posibilidad de que, en el futuro, sean perfeccionadas...» (apdo. XX, párr. 7.º);

b) La consecución efectiva en la práctica y valoración de la prueba de los principios de «oralidad, publicidad e inmediación» (apdo. I, párr. 5.º; apdo. IX, párr. 1.º, y apdo. XI, 4.º);

c) La reubicación sistemática de las disposiciones sobre carga de la prueba (apdo. VII, párr. 3.º). A propósito de esta, se propone superar «los términos, en sí mismos poco significativos, del único precepto legal hasta ahora existente con carácter de norma general, y acoge conceptos ya concretados con carácter pacífico en la Jurisprudencia. Las normas de carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes. Y son, asimismo, reglas, que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico, cuando no se trate de casos en que, por estar implicado un interés público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos. Por todo esto, ha de considerarse de importancia este esfuerzo legislativo» (apdo. IX, párrs. 30.º y 31.º);

d) Procurar una mayor aproximación entre los actos de prueba y la sentencia (apdo. IX, párr. 15.º);

e) Concentrar «...la práctica de toda la prueba en el juicio o vista, disponiéndose que las diligencias que, por razones y motivos justificados, no puedan practicarse en dichos actos públicos, con garantía plena de la presencia judicial, habrán de llevarse a cabo con anterioridad a ellos...» (apdo. XI, párr. 4.º);

f) Regular con suficiente detalle «la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba, que en la Ley de 1881 apenas merecían alguna norma aislada...» (apdo. XI, párr. 4.º);

g) Configurar los medios de prueba como «*numerus apertus*», con «...reconocimiento expreso de los instrumentos que permiten recoger y reproducir palabras, sonidos e imágenes o datos, cifras y operaciones matemáticas...» (apdo. XI, párrs. 5.º y 20.º);

h) Clarificar y flexibilizar los medios probatorios tradicionales —«...más consagrados y perennes...»— (apdo. XI, párr. 6.º);

1') «La confesión... es sustituida por una declaración de las partes, que se aleja extraordinariamente de la rigidez de la «absolución de posiciones...» (apdo. XI, párr. 7.º); y se establece «...la valoración libre, teniendo en cuenta las otras pruebas que se practiquen» (apdo. XI, párr. 8.º);

2') Reconocimiento de valor pleno a los documentos públicos. Los documentos privados, sin embargo, «...en sí mismos, no gozan de esa fuerza fundamentadora de la certeza procesal y, por ello, salvo que su autenticidad sea reconocida por los sujetos a quienes puedan perjudicar, quedan sujetos a la valoración libre o conforme a las reglas de la sana crítica.» (apdo. XI, párr. 9.º);

3') Se autoriza la confección y aportación de «...dictámenes e informes escritos, con sólo apariencia de documentos, pero de índole pericial o testifical y no es de excluir, sino que la ley lo prevé, la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales» (apdo. XI, párr. 14.º);

4') «...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...» (apdo. XI, párr. 15.º); «...Se excluye la recusación de los peritos cuyo dictamen aporten las partes, que sólo podrán ser objeto de tacha...» (apdo. XI, párr. 17.º); y se somete a la prueba pericial explícitamente al régimen de «libre valoración» (apdo. XI, párr. 17.º);

5') «En cuanto al interrogatorio de testigos, consideraciones semejantes a las reseñadas respecto de la declaración de las partes, han aconsejado que la Ley opte por establecer que el interrogatorio sea libre desde el principio...» (apdo. XI, párr. 19.º); Se subraya, además, a este propósito que «...se prevé la declaración de personas jurídicas, públicas y privadas, de modo que junto a especialidades que la experiencia aconseja, quede garantizada la contradicción y la inmediación en la práctica de la prueba» (apdo. XI, párr. 19.º);

6') «La Ley... concibe con más amplitud el reconocimiento judicial...» (apdo. XI, párr. 20.º); y,

7') Se regulan «...las presunciones como método de fijar la certeza de ciertos hechos...» (apdo. XI, párr. 21.º).

8. En los epígrafes que siguen analizaremos sumariamente la regulación positiva de la prueba en la LEC 1/2000, intentando seguir en lo posible un orden análogo al en que se han enumerado las distintas aportaciones.

## II. Noción de la prueba

9. Con el término «prueba» se designa una pluralidad de realidades. Hay conceptos estáticos —como los de *fuerza de prueba* y *resultado de la prueba*— y dinámicos —como los de *medio de prueba* o *actividad probatoria*—. Todos ellos participan de un sustrato común: la acción y el efecto de constatar, hacer patente o verificar alguna cosa. No obstante, es en punto a determinar qué sea aquello cuya exactitud deba ser comprobada o justificada donde comienzan a surgir las discrepancias.

10. Para buena parte de la doctrina lo que se ha de demostrar es la verdad o certeza de unas afirmaciones<sup>6</sup>. Otros, con mejor criterio, parten de que la «verdad» es, al menos en sentido absoluto, algo inasequible, y como quiera que modalizar este concepto con la adición de algún calificativo —como señalaba CARNELUTTI: «La verdad es como el agua: o es pura o no es verdad»<sup>7</sup>— supone empeñarse en una empresa absurda en cuanto sólo logra hallar ficciones, proponen que la prueba pretende lograr el convencimiento del Juez acerca de la existencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a su decisión<sup>8</sup>.

Obsérvese que el Juez ha de fijar en la sentencia los hechos admitidos llanamente por los litigantes en período alegatorio (art. 281, apdo. 3) o en el interrogatorio propuesto por otro u otros, si ha intervenido personalmente en ellos, le son perjudiciales y no aparecen desvirtuados por los demás medios (art. 316, apdo. 1), y ello con independencia de que acaecieran o no en la realidad. A su vez, en el proceso civil el juzgador ni puede prescindir de los hechos concretamente aducidos ni puede investigar *ex officio* hechos diferentes o por medios distintos de los que las partes interesen.

## III. Carácter de las normas rectoras de la prueba

11. Tal como se ha visto, la voz «prueba» no designa un concepto ingenuamente jurídico; y ni siquiera dentro de este ámbito puede reputarse privativo de la rama procesal del Derecho.

A salvo hipótesis excepcionales, en las relaciones sociales subordinamos buena parte de nuestras actitudes respecto de otros sujetos a otra recíproca conveniente; o se condiciona la adquisición de ciertas calidades o privilegios, la consecución de objetivos o la liberación de determinados deberes o cargas a la demostración de ciertos hechos, conocimientos o aptitudes. También puede requerirse una actividad de acreditación en el seno de procedimientos no jurisdiccionales (arbitrales, tributarios, administrativos, etc.).

12. Los ordenamientos continentales directamente influenciados por la codificación francesa distinguieron entre las normas atinentes a la admisibilidad y valoración de la prueba y las rectoras del procedimiento para su práctica, llevando las primeras a las leyes sustantivas y las segundas a las leyes procesales.

Como se ha dicho con acierto<sup>9</sup>, efectuar esta discriminación no resulta del todo correcto. Empero, en nuestro criterio, sostener que todas y cualesquiera normas concernientes a la prueba tienen carácter procesal comporta un notable exceso. Cuestión distinta es que la disciplina de una actividad y la determinación de sus consecuencias, cuando deba realizarse en el seno de un proceso, no se regule en el seno de una Ley procesal. Mas existen normas con proyección bifronte, cuya virtualidad trasciende de un concreto proceso, e incluso se pueden ordenar a excluirlo: v. gr., las que disciplinan requisitos *ab substantiam actus*; las rectoras de las pruebas preconstituidas.

13. Así, desoyendo eminentes y fundados pareceres contrarios a la supresión de las normas concernientes a la prueba contenidas en nuestros cuerpos legales sustantivos, y en especial, del Código Civil<sup>10</sup>, el legislador ha atendido parcialmente, con la opinión favorable del Consejo General del Poder Judicial<sup>11</sup>, una antigua aspiración de un importante sector de la doctrina procesalista patria.

La Disposición Derogatoria Única, apdo. 2, 1.º ha removido, entre otros, los artículos 1.214, 1.215, 1.226 y 1.231 a 1.253, incluido, todos ellos del Código Civil. Permanecen vigentes, sin embargo, la mayor parte de los preceptos retores de la prueba documental (arts. 1.216 a 1.225 y 1.227 a 1.230).

Del mismo modo, se conservan en el Código de Comercio los preceptos relativos a los libros de los comerciantes

(arts. 31 a 33) a las que reenvía explícitamente el art. 327, el art. 51, apdo. 1 *in fine* —relativo a la valoración de la prueba de testigos—, y 93, apdo. 3 —sobre valor probatorio de las certificaciones emitidas y pólizas intervenidas por los fedatarios mercantiles<sup>12</sup>—.

## II. Los principios rectores de la prueba

### A) El principio de aportación de parte

**14.** Con la excepción de los procesos relativos al estado civil de las personas, en los que, al hallarse transidos de un incuestionable interés público se explica que el personal jurisdicente contribuya decididamente, actuando *ex officio*, al mejor y más acabado esclarecimiento de los hechos, en los demás procesos se hace recaer de modo exclusivo sobre las partes el cometido de procurar la convicción del órgano jurisdiccional justificando la certeza de las afirmaciones sobre los hechos objeto de controversia y relevantes para la decisión del litigio aunque, en definitiva, pueda verse impedido el reconocimiento procesal de la tutela a aquél de los litigantes que fuera del proceso puede asistir la razón<sup>13</sup>.

Así, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 216, «los Tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de..., pruebas ... de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales». En el mismo sentido, el art. 282 establece como regla que «las pruebas se practicarán a instancia de parte». El mismo precepto contempla la excepción: «sin embargo, el Tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley».

Contraído nuestro examen a la LEC 1/2000, esta posibilidad se reconoce en los arts. 339, apdo. 5<sup>14</sup>; 348, apdo. 2<sup>15</sup>; 371, apdo. 2<sup>16</sup>; 373, apdos. 1 y 2<sup>17</sup>; 381, apdo. 3<sup>18</sup>; art. 752, apdo. 1<sup>19</sup>; 759, apdos. 1<sup>20</sup> y 3<sup>21</sup>; 761, apdo. 3<sup>22</sup>; art. 770, apdo. 1, 4.<sup>23</sup>; 771, apdo. 3<sup>24</sup>; y, 774, apdo. 2<sup>25</sup>.

**15.** Con todo, el criterio legal no es tan rígido que no autorice una limitada iniciativa del órgano jurisdiccional en la actividad probatoria y en su desarrollo.

Así, en principio, se impide a los órganos judiciales suplir la absoluta pasividad de las partes en orden a la apertura de la fase de prueba y a la proposición de los medios idóneos para acreditar la tutela pedida. La regla general se enuncia en el art. 382, de acuerdo con el cual «Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el Tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley», debiendo acordar el recibimiento del proceso a prueba siempre que no exista «plena conformidad de las partes» en cuanto a los hechos, a menos «que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes» (art. 281, apdo. 3; y también los arts. 429, apdo. 1 y 443, apdo. 4).

En cambio, y toda vez que el derecho a la actividad probatoria no se configura exento de cualquier límite, los órganos jurisdiccionales ostentan el control de la adecuación de los medios pedidos y de sus concretos extremos. En concreto, deben repeler las pruebas ordenadas a acreditar:

a) Hechos que no «guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso» (art. 281, apdo. 1); o «con lo que sea objeto del proceso» (art. 283, apdo. 1) —noción de impertinencia—;

b) Hechos que gocen de notoriedad absoluta y general (art. 281, apdo. 4);

c) Hechos alegados extemporáneamente «...sí, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes, no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos» (art. 286, apdo. 4);

d) Circunstancias que «...según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos» (art. 283, apdo. 2) —noción de inutilidad—;

e) En la segunda instancia, y sobre las que no observen los principios comunes, las que no cumplan los requisitos previstos en el art. 460, esto es, se deben rechazar:

1) los documentos relativos al fondo anteriores a la demanda, a la contestación o a la audiencia previa al juicio si se hubiesen podido confeccionar u obtener con anterioridad tales actos, a menos que se justifique que no se concibió oportunamente su existencia o que, siendo conocidos, no se pudieron obtener con precedencia por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación del archivo en que se encuentren, o, tratándose de informes o dictámenes de que pretenda valerse la parte beneficiaria del derecho a litigar gratuitamente, el oportuno anuncio (arg. *ex arts.* 460, apdo. 1, en relación con el art. 270, *a contrario*);

2) las «debidamente» denegadas en la primera instancia (art. 460, apdo. 2, 1.<sup>a</sup>, *a contrario*);

3) Las que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que no se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o formulado la oportuna protesta en la vista (art. 460, apdo. 2, 1.<sup>a</sup> *a contrario*);

4) Las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por causa exclusivamente imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales (art. 460, apdo. 2, 2.<sup>a</sup>, *a contrario*);

5) Las que, aun refiriéndose a hechos de relevancia para la decisión del pleito, y ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte no justifique cumplidamente haber tenido conocimiento de ellos con posterioridad (art. 460, apdo. 2, 3.<sup>a</sup>, *a contrario*); y,

6) La que proponga el demandado declarado en rebeldía que por causa que le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia (art. 460, apdo. 3, *a contrario*); y,

f) la prueba que consista en una «actividad prohibida por la Ley» (art. 283, apdo. 3), esto es, aquella en cuya obtención u origen se vulneren derechos fundamentales (art. 287, apdo. 1).

Importa destacar, en relación con las pruebas ilícitas, que su regulación plantea más de un interrogante. De ellos nos limitaremos a referir aquí los derivados de la limitación de carácter temporal impuesta a la resolución del artículo, al fijarse como momento preclusivo el inicio del acto del juicio o el comienzo de la vista y «...antes de que dé comienzo la práctica de la prueba» (art. 287, apdo. 1, párr. segundo): *¿Quid iuris* de los medios de prueba que, por mor de lo dispuesto en los arts. 429, apdo. 4 y 290, párr. segundo, se deban practicar «en todo caso antes del juicio o vista»?

**16.** En todo caso se permite a los órganos jurisdiccionales:

a) Efectuar observaciones a las partes acerca de la eventual insuficiencia de los medios propuestos por ellas: en efecto, el art. 429, apdo. 1, párr. segundo, incardinado en la regulación del juicio ordinario y expresamente extrapolable al juicio verbal por expreso reenvío a aquél del art. 443, apdo. 4, párr. segundo, previene que «Cuando el Tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el Tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente», disposición que, como lógico corolario, completa el párr. tercero del mismo precepto al contemplar que en vista de tal admonición «...las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba», fórmula que evidenciaría el carácter facultativo para éstas de atender o no la exhortación judicial.

Es ésta una facultad asaz controvertida, cuyo reconocimiento legal viene siendo objeto de contestación por algún sector de la dogmática procesalista por cuanto puede comprometer la imparcialidad judicial<sup>26</sup>. Acaso pueda no dudarse que constituye un correctivo socializador —introducido al paso del texto legal por las Cámaras— a la marcada orientación liberal-conservadora que se enseñoreaba en el Proyecto. Y tampoco el que, no obstante las cautelas previstas en el propio precepto, requiere poner a contribución un cuidado muy particular. Repárese en que con ella puede ponerse al descubierto la estrategia procesal de la parte que sostiene una determinada posición *meramente formal*; o favorecer materialmente, en detrimento de la parte contraria, a la que acaso se encuentre incorrectamente defendida por su director letrado; o, por anticipando acrítica y precipitadamente un juicio de valor, ocasionar gastos a las partes que, en último término, se revelen innecesarios.

b) Sustituidas las antañonas «diligencias para mejor proveer» por las llamadas «diligencias finales», la práctica de éstas se confía, como regla, a la iniciativa de las partes (art. 435, apdo. 1)<sup>27</sup>. Como una potestad de ejercicio formalmente extraordinario y subordinado a la concreta fundamentación de su necesidad, el art. 435, apdo. 2 señala, no obstante, que «Excepcionalmente, el Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos»

**17.** Asimismo, conservan análoga intervención oficial en el desarrollo de las pruebas a la que reconociera la LEC de 1881, señaladamente:

a) Interrogar a los litigantes llamados a declarar y a los testigos, después de que formulen sus preguntas las partes, aunque exclusivamente «con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones» (arts. 306, apdo. 1, párr. segundo y 372, apdo. 2). No obstante el silencio legal, estamos persuadidos de que esta facultad también es predicable de los litigantes y testigos respecto de los cuales se autoriza en la Ley la formulación de interrogatorios escritos (arts. 315 y 381);

b) Aun cuando no lo soliciten las partes, convocar de oficio a los peritos al acto del juicio o de la vista —ha de entenderse, pese al silencio legal, que con objeto de solicitarles aclaraciones o puntualizaciones— «...para comprender y valorar mejor el dictamen realizado» (art. 346, *in fine*). Idéntica facultad se reconoce en relación con los testigos que sean personas jurídicas y entidades públicas, si su presencia e interrogatorio oral puede contribuir a «aclarar o completar» su precedente declaración realizada por escrito cuando «fuere oscura o incompleta» (art. 381, apdo. 3);

c) Formular preguntas a los peritos convocados a los actos del juicio o vista y «requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado», e incluso, acordar de oficio que amplíen el dictamen presentado pero sólo cuando se trate de peritos designados de oficio (art. 347, apdo. 2).

### **B) El principio de oralidad**

**18.** Sin perjuicio de la necesidad de documentación escrita en algunos casos —especialmente si no existen (o no funcionan) los medios técnicos de grabación visual y sonora previstos (arts. 146 y 147)—, el principio de oralidad experimenta, por efecto de la exigencia constitucional (art. 120 C.E.), un notable fortalecimiento en materia de pruebas contribuyendo a su flexibilización. Como regla, desaparecen los «pliegos» de posiciones para las partes, y de preguntas y repreguntas para los testigos, imponiéndose el interrogatorio oral de aquéllas y éstos (arts. 302, apdo. 1; 306; 368, apdo. 1 y 372); así como la declaración «de palabra» de partes y testigos (arts. 305, apdo. 1 y 370, apdo. 2).

El órgano jurisdiccional ha de pronunciarse, también oralmente, sobre la procedencia o improcedencia de las preguntas y aclaraciones que se formulen a las partes, peritos y testigos, autorizándose que las partes o sus Letrados puedan efectuar del mismo modo las observaciones que estimen conducentes con idéntico propósito (arts. 306, apdos. 1 y 3; 347, apdo. 1; 368, apdo. 2; 369; y 370).

No obstante, y como excepción, se conservan interrogatorios escritos para determinados casos: a) Cuando las partes o testigos, por las circunstancias concurrentes en ellos<sup>28</sup> se vean dispensados de concurrir a la sede del órgano jurisdiccional que sustancie y haya de resolver el litigio, con independencia de que deba llevarse a cabo o no en el domicilio y, en su caso, mediante el recurso al auxilio judicial (arts. 311, apdo. 2; 313; y 364); b) Cuando se trate de personas jurídicas (art. 381); y, c) Si se trata de Entidades u Organismos públicos (art. 315, apdos. 1 y 2).

### **C) El principio de inmediación**

**19.** Indisociablemente vinculado al de oralidad, del que constituye condición de su eficacia, se refuerza el principio de inmediación en la práctica de las pruebas: «Los Jueces y los Magistrados miembros del Tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente (art. 137, apdo. 1); «...Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objetos o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales» (art. 289, apdo. 2).

No obstante, ni en sí mismo es una genuina novedad de la LEC 1/2000 como tampoco lo son las consecuencias anuladoras de su omisión (Cfr., arts. 254 LEC de 1881, 57 D. de 21 de noviembre de 1952 y 240 LOPJ).

**20.** Desde otro punto de vista, se pretende excluir en lo posible la falta de inmediatez entre la fuente de prueba y el órgano jurisdiccional mediante disposiciones acaso excesivamente rígidas, que pueden originar disfunciones prácticas de mayor alcance que las ventajas que pueda proporcionar. Así, se faculta al órgano judicial a desplazarse fuera de su circunscripción para la práctica de pruebas que no puedan tener lugar en ella (art. 169, apdo. 2), y se limita *ad nauseam* el recurso al auxilio judicial con vinculación de partes, testigos y peritos de desplazarse a la sede del órgano jurisdiccional, cualquiera que sea la localidad en que radique su domicilio, salvo causa impositiva de índole extraordinario y debidamente justificada (art. 169, apdo. 4).

También el art. 292, apdo. 1, establece que: «Los testigos y los peritos citados tendrán el deber de comparecer en el juicio o vista que finalmente se hubiese señalado. La infracción de este deber se sancionará, previa audiencia por cinco días, con multa de treinta mil a cien mil pesetas».

Especialmente llamativo resulta, además, que en apariencia se grave a los terceros convocados con los gastos que su comparecencia ocasione si finalmente no pudiere tener lugar su intervención en el acto para el que se les hubiera convocado. Obsérvese que el art. 375, apdo. 1 no se refiere a los que comparezcan sino que se refiere concretamente a que: «Los testigos *que declaren* tendrán derecho a obtener de la parte que les propuso una indemnización por los gastos y perjuicios que su comparecencia les haya originado...».

¿*Quid iuris* de los casos en que el juicio o vista deba suspenderse o interrumpirse antes de su intervención? ¿Y si se trata del cuarto o ulterior testigo relativo a un hecho adverbado ya por otros tres y que el Juez no autorice su interrogatorio por considerarse suficientemente ilustrado (art. 363, párr. segundo, *in fine*)?

**21.** La norma prevé, sin embargo, importantes excepciones subjetivas relativas a entidades u organismos públicos (arts., 315 y 381).

### **D) El principio de concentración**

**22.** Es decidido propósito de la LEC 1/2000 que todas las pruebas se practiquen «en unidad de acto» (art. 290, párr. primero, *pr.*). Como excepción, se permite a los órganos jurisdiccionales señalar «con al menos cinco días de antelación el día y la hora en que hayan de practicarse los actos de prueba que no sea posible llevar a cabo en el juicio o vista», previniéndose además que «Estas pruebas se practicarán en todo caso antes del juicio o vista». Claro es, y para salvaguardar el principio cardinal de contradicción y audiencia bilateral, que a dicho acto «anterior» habrá de citarse a las partes, aunque no sean sujetos u objeto de las pruebas «con antelación suficiente, que será de al menos cuarenta y ocho horas» a fin de que tengan en su desenvolvimiento la intervención legalmente reconocida (art. 291).

Si entendemos, como parece correcto, que la expresión «vista» se refiere al procedimiento verbal —aunque también puede aludir a la que deba celebrarse en un recurso— no podemos soslayar el planteamiento de algún interrogante de vital importancia. Si en estos procedimientos, como regla —a salvo que se formule reconvencción, o en los casos a que se refiere el art. 441, apdo. 4— la comparecencia y contestación del demandado tiene lugar, precisamente, en el acto de la vista, ¿cómo es posible que se pueda llevar a cabo antes alguna actividad probatoria? ¿Es que puede conocerse con precedencia a la contestación del demandado qué hechos no están reconocidos o qué pruebas son pertinentes y útiles? ¿Es que el principio de contradicción que proclama el art. 289, apdo. 1 no es aplicable a los procedimientos verbales?

#### E) El principio de publicidad

23. Sustancial trasunto de normas presentes ya en nuestro ordenamiento —v. gr., art. 229, apdo. 2 LOPJ—, el art. 138, apdo. 1 LEC 1/2000 previene, como regla, que «Las actuaciones de prueba... se practicarán en audiencia pública», o «con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del Tribunal» (art. 289).

No obstante, no faltan excepciones: De un lado, la establecida en el propio art. 138, apdo. 2 atinente a la posibilidad de ordenar en resolución motivada, previa audiencia de las partes, que se celebren «a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el Tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia». De otro, en los casos de interrogatorio domiciliario de partes y testigos, en atención a las circunstancias concurrentes, y sin la observancia de los requisitos dispuestos para la celebración a puerta cerrada (arts. 311, apdo. 2 y 364, apdo. 2).

#### V. La protección del derecho a la prueba

24. A través de innumerables resoluciones, el Tribunal Constitucional ha ido paulatinamente configurando un cuerpo doctrinal sobre el contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes que ahora debe recordarse, aunque sólo en lo que al caso es atinente. Así, se ha señalado que el art. 24.2 C.E. ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa como un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo de defensa, que «garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento»<sup>29</sup>.

No comprende, sin embargo, un hipotético «derecho de llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada»<sup>30</sup>, en virtud de la cual las partes se encuentren facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer<sup>31</sup>. Antes al contrario, dada su naturaleza de derecho de configuración legal, la acotación de su alcance «debe encuadrarse dentro de la legalidad»<sup>32</sup>, de tal modo que es *conditio sine qua non* para apreciar la pretendida lesión de este derecho constitucionalmente reconocido que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos<sup>33</sup>. La consecuencia que de todo ello se sigue es que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda<sup>34</sup>. Por lo tanto, es inobjetable que corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios, en función de lo establecido en el art. 117.3 C.E., interpretar las normas legales aplicables a fin de pronunciarse sobre la admisión de los medios de prueba<sup>35</sup>.

25. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional también ha puesto de manifiesto la correlación existente entre la denegación de las pruebas y la indefensión de carácter material que haya podido generar a quien las ha propuesto, pues, sólo cuando concurre esta última, puede apreciarse el efectivo menoscabo del derecho examinado<sup>36</sup>. Por ello, igual que no existe una indefensión de relevancia constitucional cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda<sup>37</sup>, tampoco existe indefensión de relevancia constitucional cuando, si existe en la inadmisión de la prueba irregularidad procesal, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa por no existir o no demostrarse la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas<sup>38</sup>.

Aún, y como complemento de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el concepto de indefensión, para que tenga relevancia constitucional, ha de tener su origen en la actuación del órgano judicial, sin que tengan cabida en dicho concepto los supuestos en los que exista una conducta omisiva de quien alega esa indefensión, de modo que si la lesión se debe de manera relevante a la inactividad o negligencia, por falta de diligencia procesal exigible del lesionado o se genera por la voluntaria actuación desacertada, equívoca o errónea de dicha parte, o no existe verdadera indefensión, o ésta resulta absolutamente irrelevante a efectos constitucionales<sup>39</sup>.

26. La protección del derecho a la prueba se produce en diversos momentos con distintos efectos: a) garantizando que la prueba pueda llegar a practicarse efectivamente; b) determinando qué presupuestos han de concurrir en las pruebas para su admisibilidad; c) estableciendo los medios de reacción frente a las decisiones judiciales que se reputen erróneas; d) precisando las consecuencias de la falta de prueba; y, e) posibilitando la crítica de la valoración por el órgano judicial de la prueba practicada.

### A) La efectividad del derecho a la prueba

27. Escasa utilidad pueden tener los enunciados de derechos si se agotan en reconocimientos meramente programáticos, esto es, si al propio tiempo no se arbitran instrumentos eficaces ordenados a garantizar que, en lo posible, el derecho conferido pueda materializarse.

A este objetivo se orientan en la LEC 1/2000 tres institutos: a) El aseguramiento de la prueba; b) La práctica anticipada de la misma; y, c) La obligada cooperación de partes y terceros en su consecución.

#### a) El aseguramiento de la prueba

28. A diferencia de la LEC de 1881, que parece regida por la máxima «*nihil ante litem*», la LEC 1/2000 es asaz generosa con las actividades que pueden solicitar de los órganos jurisdiccionales quienes se propongan iniciar un proceso. Estos institutos se ordenan a evitar que, por una plural variedad de causas, la tutela que se vaya a impetrar de aquéllos no resulte en último término ilusoria. Unas, como las medidas cautelares se encaminan a asegurar preventivamente la efectividad del eventual pronunciamiento definitivo que se quiere y afirma favorable. Otras, en cambio, se dirigen a preservar no ese *posterius*, sino el *prius* representado por los derechos instrumentales precisos para que la tutela solicitada pueda ser finalmente reconocida.

En ambos casos se trata de actuaciones llamadas a poner a los litigantes —o futuros litigantes— a resguardo de vicisitudes adversas que puedan sobrevenir con el transcurso del tiempo, ora de forma casual o fortuita, ora por obra de comportamientos deliberadamente aviesos del oponente actual o potencial, de terceros, o de la eventual connivencia de uno y otros. Empero su carácter y finalidad son bien diferentes y a estas últimas estimamos que no les acomoda la denominación de «cautelares», apelativo tradicionalmente reservado al instituto protector del cumplimiento o ejecución del pronunciamiento favorable definitivo.

29. Como quiera que la consecución del fallo favorable pretendido requiere la previa demostración del fundamento fáctico invocado en su apoyo, objetivo al que se preordena la prueba si es que no se reconoce inicial o sobrevenidamente de contrario, parece altamente conveniente «...evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla» (art. 297, apdo. 1).

Con este loable propósito, la LEC 1/2000 faculta a quien afirme su intención de promover el proceso o a quien aduzca tener fundados motivos para creer que será sujeto pasivo de un litigio, con precedencia a su efectiva promoción, o en cualquier instante en todo caso anterior a los momentos determinadamente establecidos para la práctica de cualquier medio de prueba, a solicitar de los órganos jurisdiccionales la «adopción... de medidas de aseguramiento útiles» (art. 297, apdo. 1). Como quiera que los riesgos que intentan prevenirse son *ex deffinitione* de etiología plural y pueden revestir características muy diversas, la Ley se abstiene de concretar, siquiera de modo orientativo, cuales puedan ser dichas actuaciones, y se limita a ofrecer una noción amplia susceptible de acomodación al mayor número posible de contingencias: «las medidas oportunas» (art. 298, apdo. 1), o «las disposiciones que, a juicio del Tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características», incluidos los «mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad» (art. 297, apdo. 2).

En todo caso, han de concurrir determinados presupuestos objetivos, enunciados en el art. 298, apdo. 1: «1.º Que la prueba que se pretende asegurar sea posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento; 2.º Que haya razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba; 3.º Que la medida de aseguramiento que se propone, u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el Tribunal, pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros».

A diferencia de lo que acontece con las medidas cautelares, ni es presupuesto necesario de la concesión ni condición de su eficacia la prestación por el peticionario de caución alguna, que en ningún caso podrá serle exigida. Otra cosa es que se pueda ofrecer facultativamente, a cuyo efecto se previene que el órgano judicial «deberá tomar en consideración y podrá aceptar el eventual ofrecimiento que el solicitante de la medida haga de prestar garantía de los daños y perjuicios que la medida pueda irrogar» (art. 298, apdo. 2).

Del mismo modo, y con idéntico carácter potestativo, se confía a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional disponer «en lugar de la medida de aseguramiento, la aceptación del ofrecimiento que haga la persona que habría de soportar la medida de prestar, en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 64, caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda».

Las resoluciones sobre caución y en las que se acuerden o denieguen las medidas postuladas han de revestir la forma de providencia (arts. 297, apdo. 1 y 298, apdo. 3), frente a las que únicamente cabe interponer recurso de reposición por el desfavorecido (arts. 448 y 451).

30. La competencia para conocer de esta solicitud se fija en atención a que el proceso concernido se haya iniciado o no al tiempo de formularse la petición. Si ya se encuentra en curso, deben interesarse del órgano judicial ante el que se sustancie; en cambio, si se solicita con anterioridad a la iniciación del proceso, habrá de dirigirse «al Tribunal que se considere competente para el asunto principal», sobre el cual recae el deber de vigilar «de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria» (art. 293, apdo. 2, por reenvío expreso del art. 297, apdo. 3).

*b) La práctica anticipada*

**31.** La LEC de 1881 únicamente autorizaba al demandante a pedir con anterioridad al pleito *expressis verbis* sólo la práctica de la prueba de testigos que se hallasen en circunstancias subjetivas verdaderamente extraordinarias —«peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia a punto con el cual sean difíciles las comunicaciones u otro motivo poderoso» (art. 502)—. Al demandado, en cambio, le reconocía el mismo derecho, pero limitado al período de tiempo comprendido entre la personación en autos y el inicio del término de prueba (art. 545). Diversamente, la LEC 1/2000 hace innecesario recurrir a la interpretación *decidida* o extensiva de la disciplina legal que preconizara un importante sector de la doctrina científica, regulando este instituto con notable amplitud.

Así, es presupuesto de la anticipación la constatación del «temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos [de prueba] no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto» (art. 293, apdo. 1).

Menores novedades se introducen, en cambio, en el régimen subjetivo-temporal, toda vez que se sigue limitando a «quien pretenda» incoar el futuro proceso la posibilidad de solicitar la práctica anticipada de prueba con anterioridad a su inicio, y se incluye también al demandante entre quienes pueden interesarla «durante el curso del mismo» (art. 293, apdo. 1).

**32.** De acuerdo con lo dispuesto en el art. 293, apdo. 2, la competencia para conocer de estas solicitudes la ostenta, respecto de las deducidas pendiente el litigio, el órgano judicial ante el que se sustancie. Y si se solicita con anterioridad a la iniciación del proceso, habrá de dirigirse «al Tribunal que se considere competente para el asunto principal», sobre el cual recae el deber de vigilar «de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria» (art. 293, apdo. 2).

En este último caso cuando «de la demanda hubiese de conocer en definitiva un Tribunal distinto del que acordó o practicó la prueba anticipada, reclamará de éste, a instancia de parte, la remisión, por conducto oficial, de las actas, documentos y demás materiales de las actuaciones» (art. 296, apdo. 2).

**33.** Acerca de los requisitos de la actividad deben distinguirse, unos comunes y otros diferenciados en razón de las dos hipótesis temporales legalmente previstas.

Presupuestos comunes son, de un lado, el relativo a que en la solicitud habrán de observarse las disposiciones específicamente rectoras de cada una de las pruebas a que se contraiga la petición, junto con la exposición de «...las razones en que se apoye la petición» (art. 294, apdo. 1); de otro, a que habrán de llevarse a efecto las acordadas «... cuando se considere necesario», pero «siempre con anterioridad a la celebración del juicio o vista» (art. 294, apdo. 2).

La diferenciación de régimen atañe a la intervención de las partes, en aras a salvaguardar el principio de contradicción, y a los efectos. Así, hallándose pendiente el proceso, la intervención de las partes se acomoda en un todo a «lo dispuesto en esta Ley para cada medio de prueba» (art. 295, apdo. 2). Si se acordasen con anterioridad a la promoción del proceso, el peticionario ha de indicar quien o quienes sean los sujetos contra los que se proponga dirigir aquél, las cuales «serán citadas, con al menos cinco días de antelación, para que puedan tener en la práctica de la actuación probatoria la intervención que esta Ley autorice según el medio de prueba de que se trate» (art. 295, apdo. 1).

Y con la finalidad de excluir que pueda acudir a esta figura con un objetivo teleológico del que le es propio, para el caso de solicitarse y practicarse con anterioridad al proceso se previene de modo terminante que «...no se otorgará valor probatorio a lo actuado si la demanda no se interpusiere en el plazo de dos meses desde que la prueba anticipada se practicó, salvo que se acreditare que, por fuerza mayor u otra causa de análoga entidad, no pudo iniciarse el proceso dentro de dicho plazo» (art. 295, apdo. 3).

**34.** La práctica anticipada de la prueba no elimina radicalmente la facultad de las partes de interesar nuevamente su realización en el momento procesal oportuno si, llegado ese instante, no se hubiera actualizado el riesgo que mediante aquélla se intentó prevenir, siempre previa solicitud del interesado. Esta petición resulta vinculante para el órgano jurisdiccional, el cual «...admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad» (art. 295, apdo. 4).

Obsérvese, sin embargo, que esta disposición puede hallarse en franca contradicción con las normas que, como en el caso de la prueba documental, establecen un régimen tasado de eficacia (arts. 319 y 326, apdo. 1), o —cual acontece con el interrogatorio de las partes (art. 314)— impiden la reiteración de su práctica.

**35.** Las resoluciones en las que se acuerden o denieguen las medidas postuladas han de revestir la forma de providencia (art. 294, apdo. 2), frente a la que únicamente cabe interponer recurso de reposición por el desfavorecido (arts. 448 y 451). A su vez, «los documentos y demás piezas de convicción en que consistan las pruebas anticipadas o que se obtengan como consecuencia de su práctica, así como los materiales que puedan reflejar fielmente las actuaciones probatorias realizadas y sus resultados, quedarán bajo la custodia del Secretario del Tribunal que hubiere acordado la prueba hasta que se interponga la demanda, a la que se unirán, o hasta que llegue el momento procesal de conocerlos y valorarlos» (art. 296, apdo. 1).

*c) La obligada cooperación de partes y terceros*

**36.** La práctica de numerosos medios probatorios, abstracción de su resultado favorable o adverso, no depende en exclusiva del proponente. A salvo el caso de los documentos que, por encontrarse en «archivo, protocolo, expedien-

te o registro del que se puedan pedir y obtener copias fehacientes» se entienden hallarse a disposición de los litigantes (arts. 265, apdo. 2 y 268, apdo. 3), o del reconocimiento judicial, a menos que se trate de cosas perecederas o de personas en inminente peligro de fallecimiento, alejamiento o desaparición, las demás pruebas personales o reales precisan de la colaboración de los titulares de las fuentes respectivas.

Con objeto de evitar que el peticionario de la prueba pueda ver comprometido su derecho a servirse de dichos medios se establecen en la Ley diversas medidas de protección, concretando las normas enunciadas con carácter general en los arts. 118 C.E. y 17 LOPJ. Señaladamente, y como regla:

1') Se impone a los litigantes y a los titulares de la relación jurídica controvertida cuando no ostente la cualidad de parte la carga de comparecer bajo el doble apercibimiento de serle impuesta una multa y de poderse «...considerar reconocidos como ciertos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial» (art. 304);

2') Idéntica carga recae sobre los terceros llamados a ratificar los informes emitidos como peritos o a declarar como testigos, bajo apercibimiento de multa y, en caso de contumacia, de incurrir en desobediencia (arts. 183, apdo. 4; y 292);

3') Anudando al silencio y a las respuestas evasivas de los interrogados como partes o asimilados, salvo obligación legal de guardar secreto, la eventualidad de que el órgano jurisdiccional pueda «...considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte» (art. 307, apdo. 1 y 309, apdo. 3);

4') Posibilitando que se considere «reconocido» el documento impugnado cuando a falta de documentos indubitados la parte requerida para formar cuerpo de escritura se negase a hacerlo (art. 350, apdo. 3);

5') Estableciendo como deber de las partes la exhibición de documentos que, útiles al contrario, no se encuentren a disposición de éste. La inobservancia de este deber faculta al órgano jurisdiccional a optar por «atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado», bien que «...tomando en consideración las restantes pruebas» (art. 329, apdo. 1); o por «...formular requerimiento, mediante providencia, para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas» (art. 329, apdo. 2);

6') Análogo deber impone a los terceros que sean entidades oficiales o que realicen servicios públicos o estén encargadas de actividades del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Provincias, de los Municipios y demás Entidades locales, a menos que se trate de información legalmente declarada o clasificada como secreta o reservada (art. 332); y a los particulares (art. 331), en términos sustancialmente idénticos a los del art. 603 LEC de 1881.

## B) Presupuestos de la prueba

37. La *relatividad* del derecho a la prueba preconizada por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional determina que su reconocimiento y ejercicio en cada caso concreto exija la estricta observancia de la disciplina establecida por el legislador ordinario en uso de su discrecionalidad para determinar su intrínseca procedencia, tanto en garantía del peticionario como del litigante adverso, a quien cabe reconocerle el correlativo derecho a la repulsa de los medios que no se acomoden a aquéllas.

Las reglas rectoras de la prueba no presentan excesiva complejidad, aunque sí suscitan algún interrogante de interés.

38. Frente a la configuración de «las obligaciones» como objeto de la prueba en el Código Civil, la LEC 1/2000 se refiere con mayor rigor técnico a los «hechos»; y dentro de ellos, más específicamente, a los «que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso». La relación a que alude la Ley, por su formulación genérica, debe entenderse comprensiva no exclusivamente de la *inmediata*, esto es, la atinente a los hechos identificadores o que singularizan la acción ejercitada y a los constitutivos de la pretensión, sino también de la *mediata*, referida a los hechos instrumentales o vicarios, como los relativos a la autenticidad, validez o eficacia de los propios medios de prueba propuestos, cuya relevancia para el pronunciamiento definitivo que se postula no puede ser, en rigor, cuestionada. En este mismo sentido amplio debe interpretarse, en nuestro criterio la locución «lo que sea objeto del proceso» empleada por el art. 283.

En todo caso, ha de tratarse de hechos alegados o aportados por las partes (art. 216) en tiempo oportuno (art. 218; 435, apdo. 2), es decir, en las diferentes oportunidades legalmente habilitadas y con el alcance concretamente previsto.

39. A su vez, sólo es admisible la prueba de aquellos hechos cuya acreditación deviene *necesaria* y *útil*. El primer requisito se vincula a la falta de reconocimiento por los litigantes contrarios, esto es, sobre los que no «exista plena conformidad de las partes» (art. 281, apdo. 3) —salvedad hecha de los procesos en que la *res de qua agitur* «...esté fuera del poder de disposición de los litigantes»—, lo que no acontece, v. gr., en los casos de rebeldía del demandado<sup>40</sup>; o a su incontrovertible evidencia, o, en palabras de la LEC 1/2000 —que positiviza la antañona máxima «*notoria non eget probatione*»— «los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general» (art. 281, apdo. 4).

El segundo comporta, empero, algún riesgo adicional. Al ordenarse la repulsa, calificándolas de inútiles, de «...aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos» (art. 283, apdo. 2), acaso pueda comprometerse la situación de los litigantes que reputen conveniente orientar su actividad probatoria, al menos en parte, solicitando la práctica de medios que, en apariencia, no satisfacen la expresada exigencia, pero que a la postre puede acabar demostrando otros hechos que aisladamente considerados pueden antojarse irrelevantes o indiferentes, pero que, examinados en conjunto, sólo adquieren sentido en función de una consecuencia única, determinante para la obtención de la tutela impetrada —v. gr., hechos indiciarios base para una presunción—.

**40.** Por su sustrato fáctico, a pesar de su incuestionable virtualidad normativa, la LEC 1/2000 dispensa el mismo tratamiento que a los «hechos» a la costumbre y al derecho extranjero (art. 281, apdo. 2).

No obstante, dispensa de prueba a la costumbre «...si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público». Con esta norma acaso se esté abandonando a la disposición de las partes la fijación de la norma jurídica aplicable a pesar de no concurrir todos sus requisitos constitutivos, y aun cuando sólo sea a los efectos de un concreto proceso.

En cuanto al derecho extranjero, se precisa que «...deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación», correlato del derogado art. 12, apdo. 6, párr. segundo, del Código Civil.

### C) Los regímenes de impugnación en materia de prueba

**41.** Asimismo contribuye decididamente a la protección del derecho a la prueba el establecimiento de un adecuado régimen impugnatorio de las decisiones judiciales que se reputen desviadas, ora por rechazar un medio de prueba en el que concurran todos los presupuestos legalmente prevenidos para su admisión, ora por admitir alguno a pesar de ser fácilmente constatable la falta de todos o parte de aquéllos.

**42.** La LEC 1/2000 no prevé, a diferencia de la LEC de 1881 (art. 551), la eventualidad de que el órgano judicial pueda denegar indebidamente la apertura de la fase de prueba —o, mejor, que el procedimiento prosiga para la proposición, admisión y práctica de la prueba (arts. 429, apdo. 1 y 443, apdo. 4)— no obstante la disconformidad de las partes sobre los hechos. Y a la inversa, que acuerde abrir dicho período procesal no obstante concordar los litigantes en su prescindibilidad.

Ello obliga a acudir a las disposiciones generales, de acuerdo con las cuales, se trataría de una resolución que, sin perjuicio de haberse pronunciado oralmente en el curso de una audiencia —sea «previa» o la «vista» de un procedimiento verbal—, y documentarse *sucintamente*, debe ser en todo caso «debidamente redactada» (art. 210), y en esta tesitura, por razón de la materia, ha de revestir las formalidades de un auto (arts. 206, apdo. 2, regla 2.ª y 208, apdo. 2). Éste, al tener carácter definitivo (arg. *ex* art. 207, apdo. 1), únicamente admite recurso de reposición (art. 451), sin perjuicio de poder «reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva» (art. 454).

A la misma conclusión se llega aplicando extensivamente a esta clase de pronunciamiento la disciplina prevenida para las resoluciones relativas a los medios concretos de prueba (art. 285, apdo. 2), con la particularidad de que en tal caso la sustanciación no es escrita ni con dilación temporal.

**43.** En cuanto a los medios de prueba en particular, el art. 285, apdo. 1 impone al órgano jurisdiccional pronunciarse «sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas», y conforme a lo razonado (§. 32) mediante una resolución motivada que ha de revestir la forma de auto.

La dicción del precepto no debe llevarnos a entender que deba dictarse un auto por cada una de las pruebas solicitadas, sino que en una única resolución aquéllas han de merecer un tratamiento y consideración particularizada.

Frente a la regulación de la LEC de 1881 (art. 567, párr. segundo), que únicamente permitía interponer recurso frente a la resolución denegatoria de los medios de prueba interesados, pero no de aquélla en que se acordase su práctica, el art. 285 autoriza a impugnar la resolución que se dicte «sobre la admisión», locución que, en rigor, comprende tanto las favorables como las adversas. A tal fin se concede sólo «...recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia».

Con referencia expresa a la resolución en que se admita o rechace una prueba cuyo origen u obtención se afirme incurso en vulneración de derechos fundamentales —«ilícita»—, se dispone asimismo que «...sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva» (art. 287, apdo. 2).

**44.** Y si este régimen, tanto por hallarse sistemáticamente regulado en sede de «disposiciones generales» cuanto porque la referencia explícita a los actos del «juicio» o «vista» es inequívocamente comprensiva de los juicios ordinario y verbal, respectivamente, es en abstracto aplicable a cualquier procedimiento, paradójicamente no sucede así.

Aun cuando el art. 445, concerniente al juicio verbal efectúa un reenvío global en materia de prueba y presunciones a lo dispuesto «en los Capítulos quinto y sexto del Título primero» del Libro Segundo, lo que incluye los arts.

285 y 287, el art. 446 desmiente a renglón seguido tal afirmación modificando para dicho cauce procesal el sistema de impugnación al imponer que «contra las resoluciones del Tribunal sobre inadmisión de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaran como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia».

Una intelección literal de la norma lleva a mantener que las resoluciones que admitan un medio de prueba cualquiera o en las que se rechace una prueba por considerarla ilícita pero que pretendidamente no lo sea seguiría el régimen común de los arts. 285 y 287, y en cambio, la que repela aquéllas o admitan pruebas que una de las partes considere ilícitas, que son precisamente las hipótesis de mayor gravedad, se prevé una impugnación diferida.

Estamos persuadidos de que se trata de un a diferenciación arbitraria, que atenta frontalmente a lo dispuesto en el art. 9.3 C.E. Repárese, además, en que la propia tramitación prevista en los arts. 285 y 287 para el recurso de reposición, apartándose de las reglas establecidas en los arts. 451 y ss., se acomoda perfectamente a la naturaleza del juicio verbal. Aunque pudiera objetarse en abstracto que la estructura común del recurso de reposición, con formulación escrita, comunicación a la parte contraria con traslado para oposición por plazo de cinco días, y resolución —asimismo escrita— temporalmente distanciada otros cinco días repugna a la celeridad y oralidad propias del juicio verbal, la modulación de este régimen que introducen los preceptos citados, y con la que se pone de relieve que la «escritura» no forma parte de la esencia del recurso de reposición, obvia cualquier dificultad.

#### D) Las consecuencias de la falta de prueba

45. Se impone sobre cada litigante, en atención a la posición activa o pasiva que ocupen en el proceso, la carga —no el deber— de justificar respectivamente «la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción» (art. 217, apdo. 2) y «los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos» aducidos de contrario (art. 217, apdo. 3).

Consecuentemente, cada litigante tiene derecho a que las pretensiones articuladas por aquél que no haya levantado adecuadamente la carga probatoria sumiendo los hechos alegados por él en la incertidumbre resulten desestimadas, criterio que acoge el art. 217, apdo. 1 LEC 1/2000. Trasunto parcialmente corregido del derogado art. 1.214 C.C., el precepto no tiene otro alcance que determinar las consecuencias procesales de la carencia absoluta de pruebas y cual de las partes ha de soportar su falta<sup>41</sup>

La norma se hace eco, sin embargo, de las orientaciones de índole flexibilizadora —disponibilidad y facilidades para probar<sup>42</sup>— determinando en el apdo. 6. que «...el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio». A su vez, y sobre explicitar una regla concreta en relación con los procesos que versen sobre competencia desleal y publicidad ilícita<sup>43</sup>, llega incluso a precisar que las reglas establecidas sólo podrán ser desplazadas cuando «una norma legal expresa... distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes». *¿Quid iuris* de los casos de inversión de la carga de la prueba establecidos por jurisprudencia retirada, v. gr., a propósito del requisito de la culpa en los procesos sobre responsabilidad extracontractual?

46. No obstante, ha de tenerse en cuenta que, en rigor, las normas a que se ha hecho referencia únicamente deben aplicarse cuando la falta de prueba resulte plenamente atribuible al litigante de que se trate; no, en cambio, si obedece a causas ajenas a su voluntad. Adviértase que ante una eventual insuficiencia en la proposición el art. 429, apdo. 1 —y por remisión a él, el art. 443, apdo. 4, aunque en este caso con un carácter marcadamente potestativo— autoriza al órgano jurisdiccional a ponerlo «de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el Tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el Tribunal».

A su vez, la falta de práctica de pruebas en primera instancia por causa que no sea imputable a la parte peticionaria constituye supuestos que habilitan a su solicitud como diligencias finales (art. 435, apdos. 1, 2.<sup>a</sup> y 2) o a reproducir la petición en la segunda (art. 460, apdo. 2, 2.<sup>a</sup>).

47. Obsérvese, con todo, que una cosa es que la norma establezca precisamente cual de las partes ha de soportar *a posteriori* las consecuencias negativas asociadas a la inobservancia de la carga de probar las afirmaciones que constituyen el fundamento de la concretamente impetrada por él, y que los Tribunales dispongan de una prudente y moderada discrecionalidad para ponderar y modalizar *ad casum* el rigor de aquella regla, y otra bien distinta que la Ley positivice un criterio que, llevado a sus últimas consecuencias no impide ni excluye que una parte, *ab initio* o *in limine litis* —desde el escrito mismo de demanda (principal o reconvenicional) o en el trámite de contestación— pretenda, al socaire de la «facilidad probatoria», atribuir mecánica y acriticamente al contrario la carga de acreditar hechos y afirmaciones que, en puridad, constituyen la base del derecho actuado por él.

#### E) La crítica de la prueba practicada

48. En sentido amplio también puede considerarse comprendido en el derecho a la prueba el que los litigantes

puedan conocer el alcance y extensión de los efectos atribuidos por el órgano jurisdiccional a cada medio de prueba, y su respectiva incidencia favorable o contraria en el sentido del fallo, así como, en su caso, poder reaccionar —por lo común, mediante el sistema de recursos— frente a una indebida o desviada apreciación de dichos medios.

La doctrina científica ha mostrado desde tiempo atrás su repulsa por los pronunciamientos que, al amparo de invocaciones genéricas —«Apreciando conjuntamente las pruebas practicadas...»—, omiten detallar el medio o medios que han contribuido a persuadirle de la certeza de unas afirmaciones y no de otras: si han preferido, y porqué, la declaración de tal o cual testigo a un documento o a lo declarado por una o ambas partes al absolver posiciones; un dictamen pericial concreto sobre los demás, etc. El motivo cardinal de esta crítica reside en la imposibilidad de determinar cuándo y en qué medida han podido infringirse por los juzgadores las llamadas «reglas legales de valoración», por las que la Ley, o bien atribuye a todos o algunos medios de prueba un valor determinado, o bien impide que puedan fijarse en la sentencia afirmaciones fácticas respecto de las cuales únicamente se hayan practicado medios reputados inidóneos o insuficientes<sup>44</sup>.

Obsérvese que la consideración de ciertos hechos como acreditados cuando se expresa a través de fórmulas sincréticas y estereotipadas, sobre cumplir de forma un tanto deficiente el deber de motivación no exterioriza propiamente cuáles hayan podido ser las razones concretas de la convicción obtenida por el juzgador.

49. El parecer de la dogmática a propósito de la valía y el provecho de las «reglas legales de valoración» dista mucho, sin embargo, de ser unánime.

En tanto unos ven en ellas un utilísimo instrumento para limitar, mediante abstractos y acrílicos apriorismos, el razonamiento individual del personal jurisdiccional y, a su través, de control —fruto de la desconfianza— de las resoluciones que éste dicte; otros, en cambio, destacan la conveniencia, en aras a salvaguardar la seguridad jurídica, de que las normas legales positivicen criterios objetivos cuya utilidad y eficacia deriva no de la arbitrariedad, sino de la lógica y de la ordinaria experiencia empírica.

No obstante, la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo no ha censurado, como regla, el recurso a la «valoración conjunta de las pruebas» sin una previa consideración singularizada de las apreciadas de modo agregado; antes bien, se ha considerado una facultad amparada por la dicción del derogado art. 1.214 C.C.<sup>45</sup>.

50. La LEC 1/2000 únicamente ofrece reglas legales de valoración a propósito de la genuinidad, fecha y realidad de las declaraciones contenidas en los documentos públicos (arts. 319 a 323)<sup>46</sup> y privados (art. 326)<sup>47</sup>, y de las afirmaciones personales y perjudiciales vertidas con ocasión de los interrogatorios de las partes (art. 316, apdo. 1), sin perjuicio, no obstante, de que la veracidad de unas y otras pueda quedar comprometida o desvirtuada por el resto de pruebas practicadas. Acerca de los demás medios se confía su valoración a «las reglas de la sana crítica».

Repárese en que si bien no parece concebible que alguien admita como cierto un hecho que le perjudica a menos que realmente lo sea, o que deba resultar incontrovertible la fecha y el hecho de que los interesados hayan realizado unas determinadas declaraciones cuando las mismas han tenido lugar en presencia de un fedatario público, no puede desconocerse que aquéllas también pueden obedecer a motivaciones aviesas o erradas y éstas no garantizan, de suyo, la veracidad intrínseca de lo expresado y consignado en el documento.

En consecuencia, no queda completamente excluido por la LEC 1/2000 el que la acreditación de las afirmaciones de las partes pueda tener lugar en virtud de la apreciación combinada de los distintos medios practicados o llevados al proceso.

51. Con todo, parece claro el propósito de la LEC 1/2000 de vigorizar la tutela debida a los litigantes potenciando el deber de motivación de las sentencias (art. 120 C.E.) con el detalle del denominado «juicio de hecho», imponiendo la necesidad de expresar en los antecedentes de hecho de la sentencia «las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado...» (art. 209, 2.ª); de indicar en los razonamientos de derecho «las razones y fundamentos legales del fallo» (art. 209, 3.ª), así como «...los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón» (art. 218, apdo. 2).

## VI. Los concretos medios de prueba

### A) Interrogatorio de las partes

52. Esta denominación viene a reemplazar a la clásica de «confesión». Asimismo se sustituyen algunos de los aspectos que la definían en el régimen de la LEC de 1881 —supresión del juramento, ampliación del contenido del cuestionario, señaladamente—, lo que dota a este medio de prueba de una fisonomía diferente.

#### a) Sujetos

53. En cuanto a los sujetos activos, siguen siendo quienes figuren como «parte» en el proceso de que se trate, aunque no tengan la cualidad de demandado, como acontece con el interviniente provocado (art. 14, apdo. 1, *in fine*). Sujetos pasivos del interrogatorio han de ser, en principio, «las demás» partes, *id est*, las que se encuentren en una situación procesal contrapuesta a la que ocupe el peticionario, pero también puede serlo:

a) cualquier colitigante «siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses» entre él y el solicitante (art. 301, apdo. 1) —con lo que se conjura el peligro de fraude—.

V. gr., a menos que el asegurador funde su defensa en el proceso en la inexistencia o la falta de cobertura, si se limita a coadyuvar con el asegurado en la ausencia de responsabilidad por la conducta de éste no debe admitirse el interrogatorio recíproco.

b) el propio titular de la relación jurídica material controvertida en la litis, cuando quien actúe en juicio sea un tercero, por representación o sucesión —naturalmente, *inter vivos*—.

**54.** A su vez, cuando la parte interrogada sea una persona jurídica o ente sin personalidad, y su representante en juicio no hubiera intervenido en los hechos controvertidos en el proceso, habrá de alegar tal circunstancia en la audiencia previa al juicio. En el caso del juicio verbal, donde este acto no se prevé, deberá comunicarlo con tiempo suficiente —Pero ¿cuánto?—. Asimismo, deberá facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de la persona jurídica o entidad interrogada, para que sea citada al juicio, y si al tiempo del litigio ya no formara parte de la persona jurídica o ente sin personalidad, el representante podrá solicitar que la persona identificada sea citada en calidad de testigo (art. 309, apdo. 1).

En cualquier caso, si alguna pregunta se refiere a hechos en que no hubiese intervenido el representante de la persona jurídica o ente sin personalidad, habrá, no obstante, de responder según sus conocimientos, dando razón de su origen, e identificar a la persona que, en nombre de la parte, hubiere intervenido en aquellos hechos. El Tribunal citará a dicha persona para ser interrogada fuera del juicio como diligencia final, conforme a lo dispuesto en la regla segunda del apartado primero del artículo 435 (art. 309, apdo. 2). Pero, ¿y qué sucede en el juicio verbal? ¿Tienen acomodo en este procedimiento las diligencias finales?

Si el representante de la persona jurídica o entidad sin personalidad manifestase desconocer la persona interviniente en los hechos, el órgano jurisdiccional «considerará tal manifestación como respuesta evasiva o resistencia a declarar, con el efecto de poderse fijar definitivamente en la sentencia como ciertos, conforme a lo prevenido en el art. 307, «los hechos a que se refieran las preguntas».

#### b) Objeto

**55.** En cuanto al objeto, desaparece la necesidad de que las preguntas versen sobre «hechos personales y perjudiciales» del sujeto pasivo, bastando con que sean «hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio» (art. 301, apdo. 1).

Con todo, si alguna pregunta se refiriese a hechos que el declarante no conozca personalmente de modo directo, se previene que «...éste habrá de responder según sus conocimientos, dando razón del origen de éstos, pero podrá proponer que conteste también a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos, por sus relaciones con el asunto, aceptando las consecuencias de la declaración» (art. 308, párr. primero).

A diferencia de lo que sucedía en el sistema de la LEC de 1881, cuyo art. 587 no imponía este requisito, para que se admita esta sustitución en el plan de la LEC 1/2000 deberá ser aceptada por la parte que hubiese propuesto la prueba. De no producirse tal aceptación, el declarante podrá solicitar sobrevenida<sup>48</sup> que la persona mencionada sea interrogada en calidad de testigo, decidiendo el Tribunal lo que estime procedente (art. 308, párr. segundo).

#### c) Forma

**56.** A propósito de la forma, se mantiene la exigencia de que las preguntas se formulen «en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión», a lo que se adiciona que «no habrán de incluir valoraciones ni calificaciones». La desatención de esta prescripción apareja que se tengan «por no realizadas» (art. 302, apdo. 1).

Se sustituyen los «pliegos de posiciones» por la formulación oral de las cuestiones (art. 302, apdo. 1). Consecuencia indisoluble de esta modificación es que el órgano jurisdiccional ha de comprobar al mismo tiempo de su formulación que las preguntas corresponden a los hechos sobre los que el interrogatorio se hubiera admitido, y decidir acerca de la admisibilidad o improcedencia de las preguntas en el propio acto y con anterioridad a que el interrogado responda (art. 302, apdo. 2).

A su vez, se reconoce a la parte que haya de responder al interrogatorio y a su abogado —si se encontrare presente en el acto— la facultad de «impugnar en el acto la admisibilidad de las preguntas y hacer notar las valoraciones y calificaciones que, contenidas en las preguntas, sean, en su criterio, improcedentes y deban tenerse por no realizadas» (art. 303).

Puede dudarse de si la Ley emplea la expresión «impugnación» en sentido técnico estricto equivalente a recurso, en cuyo caso habría de aplicarse el régimen del art. 285, apdo. 2 —reposición que se sustanciará y resolverá en el acto—; o, en cambio, la utiliza en sentido vulgar, equivalente a manifestación de discrepancia.

La distinción dista mucho de ser bizantina. Obsérvese que los órganos jurisdiccionales no pueden variar las resoluciones que dicten sino en virtud o a través de los recursos procedentes, y la mera protesta no está contemplada como verdadero recurso. Cualquiera que sea la decisión que adopte en definitiva el órgano jurisdiccional la parte que se estime perjudicada no podrá sino «formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia».

**57.** Como regla, el interrogatorio se produce siempre en la sede del órgano jurisdiccional, a cuyo efecto habrá de citarse a la parte bajo dos apercibimientos (art. 304): a) la de «considerar reconocidos como ciertos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial»; y, b) la de imponerle, previa audiencia por cinco días una multa en cuantía comprendida entre 30.000 pesetas y 100.000 pesetas (art. 292, apdos. 1 y 4).

De esta regla se excepcionan, sin embargo, algunos casos, con carácter extraordinario:

a) Cuando «por enfermedad que lo impida o por otras circunstancias especiales de la persona que haya de contestar a las preguntas no pudiera ésta comparecer en la sede del Tribunal», el órgano podrá acordar a instancia de parte o de oficio que la declaración se preste en el domicilio o residencia del declarante ante el Juez o el miembro del Tribunal que corresponda, en presencia del Secretario Judicial (art. 311, apdo. 1).

En tal caso, en atención a «las circunstancias concurrentes» se resolverá además si se autoriza o no la concurrencia al acto de las demás partes y sus Abogados. Si se resolviese impedir su concurrencia «se celebrará el interrogatorio a presencia del Tribunal y del Secretario Judicial, pudiendo presentar la parte proponente un pliego de preguntas para que, de ser consideradas pertinentes, sean formuladas por el Tribunal» (art. 311, apdo. 2). El Secretario Judicial extenderá acta suficientemente circunstanciada de las preguntas y de las respuestas, que podrá leer por sí misma la persona que haya declarado. Si no supiere o no quisiere hacerlo, le será leída por el Secretario Judicial y el Tribunal preguntará al interrogado si tiene algo que agregar o variar, extendiéndose a continuación lo que manifestare. Seguidamente, firmará el declarante y los demás asistentes, bajo la fe del Secretario Judicial (art. 312).

b) Cuando la parte resida fuera de la localidad en que tenga su sede el órgano jurisdiccional —dentro o fuera de la circunscripción a que se extienda su competencia—, y por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, sus circunstancias personales o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o Tribunal» (art. 169, apdo. 4). En tal caso se podrá solicitar la práctica de la prueba por medio de «auxilio judicial» (art. 313, párr. primero).

En este caso, y pese a lo que reza en la rúbrica del art. 313, no siempre será necesario que el interrogatorio se lleve a cabo en el domicilio de la parte que haya de responder a él. Por razones obvias, tampoco en esta hipótesis la formulación de las preguntas observará el principio de oralidad —y aun el de contradicción, si no se autoriza la presencia de las demás partes—, sino que «se acompañará al despacho una relación de preguntas formuladas por la parte proponente del interrogatorio, si ésta así lo hubiera solicitado por no poder concurrir al acto del interrogatorio...», las cuales «deberán ser declaradas pertinentes por el Tribunal que conozca del asunto» (art. 313, párr. segundo).

c) Cuando la parte que haya de responder al interrogatorio sea «el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad Local u otro organismo público».

En este caso, asimismo se alteran los principios comunes de la prueba.

Se dispone que «se les remitirá, sin esperar al juicio o a la vista, una lista con las preguntas que, presentadas por la parte proponente en el momento en que se admita la prueba, el Tribunal declare pertinentes, para que sean respondidas por escrito y entregada la respuesta al Tribunal antes de la fecha señalada para aquellos actos» (art. 315, apdo. 1). Dichas respuestas serán «leídas en el acto del juicio o en la vista», formulándose a «la representación procesal de la parte» las preguntas complementarias que el solicitante interese y el Tribunal estime pertinentes y útiles, y si dicha representación justificase cumplidamente no poder ofrecer las respuestas que se requieran, se procederá a remitir nuevo interrogatorio por escrito como diligencia final (art. 315, apdo. 2). En todo caso, al remitirle los interrogatorios se apercibirá al interrogado de que la negativa a responder, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, así como si diere respuestas evasivas o inconcluyentes, se podrán «considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte» (art. 307).

**58.** Mención especial merece el caso del procedimiento verbal, en el que nuevamente se manifiesta su singularidad frente al procedimiento ordinario. A tenor del art. 440, apdo., 1, núm. 2.º: «...En la citación se hará constar que la vista no se suspenderá por inasistencia del demandado y se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304...». ¿Hemos de entender que esta norma excepciona, para este concreto cauce procedimental, lo dispuesto en el art. 169, apdo. 4, núm. 2.º?

**59.** El interrogado responderá por sí mismo, «sin valerse de ningún borrador de respuestas». No obstante, se le permite consultar en el acto documentos, notas o apuntes, siempre que, por el contenido del interrogatorio, el Tribunal lo reputa conveniente «para auxiliar a la memoria» (art. 305, apdo. 1). Las respuestas habrán de ser afirmativas o negativas y, de no ser ello posible según el tenor de las preguntas, cuando menos habrán de ser «precisas y concretas» —expresión en la que elíptica o tácitamente debe estimarse comprendida la prohibición de que se formulen preguntas capciosas—, sin perjuicio de permitir al interrogado que adicione «en todo caso, las explicaciones que estime convenientes y que guarden relación con las cuestiones planteadas» (art. 305, apdo. 2).

Luego de respondidas las preguntas, las demás partes y el propio declarante, por sí —siempre «con la venia del Tribunal, que cuidará de que no se atraviesen la palabra ni se interrumpen»— o mediante sus abogados, y aun el propio órgano jurisdiccional podrán formular al declarante nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. El Tribunal deberá repeler las preguntas que sean impertinentes o inútiles. Del mismo modo, el declarante o su Abogado, en su caso, podrán impugnar en el acto las preguntas a que se refieren los anteriores y efectuar observaciones sobre las eventuales «valoraciones o calificaciones» que las mismas contengan, respecto de las cuales habrá de pronunciarse el órgano jurisdiccional «antes de otorgar la palabra para responder» (art. 306).

**60.** Al igual que en el régimen de la LEC de 1881, se prevé que no podrá reproducirse la prueba de interrogatorio de las partes cuando haya de versar «sobre los mismos hechos que ya hayan sido objeto de declaración por esas partes o personas» (art. 314).

*d) Valoración*

**61.** A diferencia de la valoración tasada impuesta normativamente en la regulación anterior, y siguiendo los postulados de la jurisprudencia, la LEC 1/2000 subordina la fijación como ciertos de los hechos reconocidos por el interrogado a dos requisitos: a) que se trate de hechos perjudiciales al interrogado; y, b) que no aparezcan contradichos por el resultado de las demás pruebas.

Fuera de estos casos, y a salvo los casos en que el interrogado no haya comparecido, se haya negado a declarar o haya respondido de forma inconcluyente o evasiva —en que se impone normativamente tal fijación (arts. 304 y 307)—, se ordena valorar este medio de prueba «según las reglas de la sana crítica» (art. 316).

**B) Documentos públicos y privados**

**62.** Son públicos «a efectos de prueba en el proceso» (art. 317):

«...1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales; 2.º Los autorizados por Notario con arreglo a Derecho; 3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a Derecho; 4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales; 5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones; 6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades».

En esta categoría se comprenden, asimismo, los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria reconocida a los documentos públicos nacionales. Si no fuese aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, «se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos: 1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. 2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España» (art. 323, apdos. 1 y 2).

Si estos documentos extranjeros incorporasen declaraciones de voluntad, «la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos» (art. 323, apdo. 3).

**63.** Se consideran privados, por exclusión, todos los demás (art. 324).

*a) Momento y forma de presentación*

*1') Momento*

**64.** Cualquiera que sea su clase —pública o privada— y la función —procesal o sustancial— que desempeñen de los documentos, éstos han de presentarse, como regla, junto con los actos alegatorios iniciales del proceso. El actor, con la demanda, que siempre reviste forma escrita, con independencia de su mayor o menor solemnidad (arts. 399, 437, 443.1). El demandado, principal o reconvenional, con la contestación a la demanda si es escrita o en el acto del juicio del procedimiento verbal (arts. 264, 265.4 y 266)<sup>49</sup>.

La dicción del art. 264: «...o, en su caso, al comparecer a la vista del juicio verbal» no está exenta de cierta ambigüedad. Así, aunque de una exégesis aislada pudiera obtenerse la impresión de que el actor puede relegar a dicho acto la presentación de estos documentos, una interpretación integradora del mismo con otros preceptos de la Ley conduce a la conclusión contraria:

a) Así, la acreditación de la representación causídica (núm. 1.º) debe efectuarse, de acuerdo con lo ordenado en el art. 24.2, aportando la escritura notarial de poder junto con el primer escrito que presente el Procurador, o, si se pretende otorgar «*apud acta*», al mismo tiempo de la presentación o, en su caso, antes de la primera actuación; Nótese, además, que hallándose prevenida la realización de los actos de comunicación con las partes personadas a través de su Procurador cuando éste las represente (art. 153), la falta del poder conduciría, o bien a que no pudiera darse cumplimiento a dicho precepto, o bien a que las notificaciones y citaciones que hubieran de hacerse al demandante hasta el acto de la vista se verificasen con un Procurador del que no existe constancia fidedigna de la representación que afirma ostentar.

b) La determinación de quién sea la parte legítima que actúa en el proceso (art. 10), y de si ostenta la debida capacidad para ser parte y procesal (arts. 6 y 7), como circunstancias apreciables por el órgano jurisdiccional *ex officio* (art. 9), imponen la justificación *a limine* de la representación con que actúe el «litigante» —*rectius*: compareciente—;

c) Siendo requisito *sine qua non* la expresión justificada de la cuantía de la demanda en el escrito inicial, a la luz de la terminante dicción del art. 253, en el que no se excepcionan siquiera los casos en que el procedimiento

adecuado se determina con plena abstracción de esta circunstancia, como se desprende del último inciso del art. 253.2 —«en ningún caso podrá el actor limitarse a indicar la clase de juicio a seguir...», precisamente con dicho escrito habrá de adjuntarse el documento que justifique el interés económico del litigio.

**65.** Como excepciones a esta regla se contemplan:

a) los casos en que las partes no puedan disponer en dicho momento de tales documentos, autorizándoles a «designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación». Esta facultad se impide, sin embargo, cuando aquéllos se encuentren «...en archivo, protocolo, expediente o registro del que se puedan pedir y obtener copias fehacientes», pues «se entenderá que el actor dispone de ello y deberá acompañarlo a la demanda» (art. 265, apdo. 3).

b) Asimismo se autoriza al demandante a «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» (art. 265, apdo. 3). El silencio relativo al juicio verbal debe suplirse entendiendo que la misma facultad asiste al actor, referida al acto del juicio.

c) Después de la demanda y la contestación, o, cuando proceda, de la audiencia previa al juicio, sólo admitirá al actor o al demandado los documentos, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto cuando se hallen en alguno de los casos siguientes: 1.º. Ser de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales. 2.º. Tratarse de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia. 3.º. No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado segundo del artículo 265, o en su caso, el anuncio al que se refiere el número 4.º del apartado primero del artículo 265 de la presente Ley (art. 270, apdo. 1).

Presentado el documento «las demás partes podrán alegar en el juicio o en la vista la improcedencia de tomarlo en consideración, por no encontrarse en ninguno de los casos a que se refiere el apartado anterior. El Tribunal resolverá en el acto y, si apreciarse ánimo dilatorio o mala fe procesal en la presentación del documento, podrá, además, imponer al responsable una multa de treinta mil a doscientas mil pesetas» (art. 270, apdo. 2).

**66.** Con el acto de la vista en el procedimiento ordinario o del juicio en el verbal precluye definitivamente la presentación de documentos, instrumentos, medios, informes o dictámenes, «sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del artículo 435, sobre diligencias finales en el juicio ordinario» (art. 271, apdo. 1) —pese a lo terminante de la dicción, consideramos que la misma disposición es aplicable al juicio verbal<sup>50</sup>—; los presentados a despecho de esta prevención se inadmitirán, por medio de providencia, de oficio o a instancia de parte, mandando devolverlo a quien lo hubiere presentado, sin que contra la resolución que dicte quepa interponer recurso alguno, sin perjuicio de hacerse valer el derecho en la segunda instancia (art. 272).

Excepcionalmente, después de dichos actos e incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, podrán presentarse «las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso» (art. 271, apdo. 2), los cuales se comunicarán a las demás partes, para que, en el plazo común de cinco días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia, resolviendo el órgano jurisdiccional sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia.

2') *Forma*

**67.** Los documentos públicos pueden aportarse «por copia simple y, si se impugnare su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios» (art. 267).

**68.** A su vez, los documentos privados, se han de presentar «en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados» (art. 268, apdo. 1).

Si la parte sólo posee copia simple del documento privado, podrá presentar ésta, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes. En el caso de que el original del documento privado se encuentre en un expediente, protocolo, archivo o registro público, se presentará copia auténtica o se designará el archivo, protocolo o registro (art. 268, apdos. 2 y 3).

**69.** Cuando se aporte una copia reprográfica de cualquier documento —incluidos dibujo, fotografías, pinturas, croquis, planos, mapas y documentos semejantes—, y la parte a quien perjudique impugnase la exactitud de la reproducción se procederá a su cotejo por el Secretario, siendo posible, o a la práctica de prueba pericial. En otro caso, se determinará su valor probatorio según las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta el resultado de las demás pruebas (art. 334).

*b) Eficacia probatoria de los documentos públicos*

**70.** Fuera de los casos en que se controvierta sobre un préstamo usurario, en el que los Tribunales valorarán los documentos públicos con sujeción a las reglas de la sana crítica (art. 319, apdo. 3), éstos harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella (art. 319, apdo. 1).

Los demás documentos administrativos a los que se atribuya en otras disposiciones legales el carácter de públicos desplegarán la virtualidad que tales normas les reconozcan, y a falta de disposición específica, los hechos documentados se tendrán por ciertos siempre que su certeza aparezca desvirtuada por otros medios de prueba (art. 319, apdo. 2).

**71.** La impugnación de los documentos públicos consiste, en el sistema de la LEC 1/2000 —sin diferencia alguna respecto del régimen de la LEC de 1881— no en cualquier ataque de los mismos, especialmente si concierne a su contenido, sino únicamente cuando se polemiza sobre su autenticidad, esto es, su genuinidad entendida como falta de correspondencia de la copia presentada con su original. Para tales casos se dispone (art. 320) que: «1.º. Las copias, certificaciones o testimonios fehacientes se cotejarán o comprobarán con los originales, dondequiera que se encuentren. 2.º. Las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio Colegiado se comprobarán con los asientos de su Libro Registro».

El cotejo o comprobación de los documentos públicos con sus originales se practicará por el Secretario Judicial, constituyéndose al efecto en el archivo o local donde se halle el original o matriz, a presencia, si concurrieren, de las partes y de sus defensores, que serán citados al efecto. Si el cotejo evidenciase la autenticidad o exactitud de la copia o testimonio impugnados, las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación serán exclusivamente de cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Además, si, a juicio del Tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de veinte mil a cien mil pesetas.

**72.** Cuando se hubiese aportado un testimonio o una certificación incompletos, para que hagan prueba plena será preciso que se adicione con los particulares que solicite el litigante a quien pueda perjudicar (art. 321). Y si los documentos, por sus características no admitieren cotejo o comprobación harán prueba plena en juicio, salvo prueba en contrario y la facultad de solicitar el cotejo de letras cuando sea posible: «1.º. Las escrituras públicas antiguas que carezcan de protocolo y todas aquellas cuyo protocolo o matriz hubiese desaparecido. 2.º. Cualquier otro documento público que, por su índole, carezca de original o registro con el que pueda cotejarse o comprobarse» (art. 322, apdo. 1). Si hubiese desaparecido el protocolo, la matriz o los expedientes originales, se estará a lo dispuesto en el artículo 1.221 del Código Civil (art. 322, apdo. 2).

*c) Fuerza probatoria de los documentos privados*

**73.** A menos que sea impugnada su autenticidad —en los términos expresados—, los documentos privados desplegarán la misma eficacia reconocida a los públicos.

Efectuada la impugnación recae sobre la parte que los hubiera presentado acreditar su autenticidad interesando el cotejo pericial de letras u otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto (art. 326, párr. primero).

Al igual que se previene para los documentos públicos, si se revelase posteriormente la autenticidad del documento impugnado, las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación serán exclusivamente de cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Además, si, a juicio del Tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de veinte mil a cien mil pesetas (art. 326, apdo. 2, párr. segundo).

No obstante, si no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, se valorará por el órgano jurisdiccional «conforme a las reglas de la sana crítica» (art. 326, apdo. 2, párr. segundo, *in fine*).

*d) Los deberes de exhibición documental*

**74.** Los documentos susceptibles de acreditar los hechos alegados por las partes pueden no hallarse a disposición del interesado, y encontrarse en poder de la parte o partes contrarias o de terceros —sean entes privados o públicos— ajenos al proceso.

*1') De las partes*

**75.** A pesar de los términos literales del art. 328, entendemos que la regulación legal se refiere no a la solicitud directamente formulada a la parte, sino a la que se interesa, frente a aquélla, del órgano jurisdiccional.

Como regla, y siempre que fuera posible, se acompañará «copia simple del documento»; en otro caso, —«...si no existiere o no se dispusiere de ella...»—, se deberá indicar de la forma más precisa el contenido del documento (Art. 328, apdo. 2).

No aclara la LEC 1/2000 que ha de entenderse por «negativa injustificada» ni, al contrario, qué razones se estiman bastantes para proporcionar justificación suficiente de la negativa —v. gr., ¿basta afirmar que no la conserva, o que se ha destruido, o extraviado, o desconocer donde se encuentra?—.

Sea como fuere, en los casos en que considere desprovista de justificación la negativa de presentar el documento de que se trate, asisten al órgano jurisdiccional dos facultades (art. 329):

a) atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado, tomando en consideración las restantes pruebas; y,

b) formular requerimiento, mediante providencia, para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas.

#### 2') De los terceros

**76.** Al igual que sucede en el régimen de la LEC de 1881, la exhibición de documentos que se encuentren en poder de terceros se sujeta a restricciones. No obstante, se precisa que «no se considerarán terceros los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio» (art. 330).

De acuerdo con el propio art. 330 —trasunto del 603 LEC de 1881— «sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad cuando, pedida por una de las partes, el Tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia. En tales casos el Tribunal ordenará, mediante providencia, la comparecencia personal de aquél en cuyo poder se hallen y, tras oírle, resolverá lo procedente. Dicha resolución no será susceptible de recurso alguno, pero la parte a quien interese podrá reproducir su petición en la segunda instancia».

Si los terceros manifestasen su disposición a exhibir voluntariamente los documentos, no se les obligará a que los presenten en la Secretaría sino que, si así lo exigieren, irá el Secretario Judicial a su domicilio para testimoniarlos.

A su vez, cuando se trate de dibujos, fotografías, croquis, planos, mapas y otros documentos que no incorporen predominantemente textos escritos, si sólo existiese el original, la parte podrá solicitar que en la exhibición se obtenga copia, a presencia del Secretario Judicial, que dará fe de ser fiel y exacta reproducción del original (art. 333).

Como quiera que a propósito de los documentos que se encuentren en poder de terceros no hay otras ni diferentes especialidades que las relativas al procedimiento para su obtención, por lo que se unirán a los autos mediante copia u original según sean públicos o privados, el art. 331 dispone que «Si la persona de la que se requiera la exhibición según lo dispuesto en los artículos anteriores no estuviere dispuesta a desprenderse del documento para su incorporación a los autos, se extenderá testimonio de éste por el Secretario Judicial en la sede del Tribunal, si así lo solicitare el exhibiente».

**77.** Si el documento se encontrase en poder de entidades públicas —dependencias del Estado, Comunidades Autónomas, Provincias, Entidades Locales y demás entidades de Derecho público—, o privadas, pero que realicen servicios públicos o estén encargadas de actividades del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Provincias, de los Municipios y demás Entidades locales, de acuerdo con lo establecido en el art. 332, no podrán negarse a expedir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los Tribunales ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos.

Como excepción a la regla, la disposición no rige respecto la documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, o si existe un especial deber legal de secreto o reserva. En tales casos, no bastará con desatender el requerimiento que se les dirija, sino que habrán de remitir al órgano jurisdiccional una «exposición razonada sobre dicho carácter».

### C) Dictamen de peritos

#### a) Indicaciones generales

##### 1') Noción

**78.** La existencia misma y la consistencia y alcance de algunos hechos trascendentes en el seno de un proceso civil no puede ser constatada con el discernimiento que proporciona la formación en la ciencia jurídica ni acostumbra a poder determinarse en virtud de la cultura general producto de una instrucción ordinaria.

Así acontece, v. gr.: a) con el valor del objeto del proceso a fin de determinar el tipo de procedimiento declarativo por el que ha de tramitarse la pretensión o el órgano competente para decidir la controversia (art. 246, apdo. 3); b) para el avalúo de los bienes en el procedimiento de apremio (arts. 637 y ss.); c) con la eficacia de ciertos elementos probatorios (arts. 349 y ss.; 352 y 382, apdo. 2), y d) de modo muy especial, con los hechos que conforman el presupuesto fáctico de las normas jurídicas en que se sustenta la concreta tutela impetrada de la jurisdicción.

**79.** Centrados por el momento en el caso de la letra d) del núm. 4, pueden resultar necesarios conocimientos cualificados en una o varias materias especiales para:

a) fijar la realidad y modo de ser de un hecho singularizador de la causa de pedir o constitutivo de la pretensión ejercitada, no obstante las reticencias de un sector de la doctrina científica y jurisprudencial<sup>51</sup>;

b) las causas, las propiedades o características, o las consecuencias de un hecho previamente fijado por admisión o por otros medios de prueba; o

c) suministrar, en abstracto, datos, principios o reglas que el juzgador precise para apreciar o calificar unos determinados hechos.

**80.** La LEC 1/2000 no define —con buen criterio— el dictamen pericial, pero atenta a las diferentes hipótesis que pueden presentarse en la realidad, delimita su finalidad como medio idóneo para introducir en el proceso los conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que resulten necesarios «para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos» (art. 335, apdo. 1).

## 2') Naturaleza

**81.** Pese a que la LEC 1/2000 hace formal profesión de eludir «*hasta la apariencia de doctrinarismo*» —Exp. de Motivos, apdo. IV, párr. 7.º—, es lo cierto que en buen número de ocasiones tercia en polémicas dogmáticas. A propósito de los peritos es conocida la que divide a quienes les consideran un medio auxiliar o complementario de la función jurisdiccional y aquellos para quienes son sujetos de un genuino medio de prueba.

Los valedores de la primera postura —que se subraya por un importante número de pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo<sup>52</sup>— arguyen que los peritos no representan hechos ignorados, sino que contribuyen con sus informes a valorar hechos ya constatados y formar el juicio jurisdiccional<sup>53</sup>.

En cambio, los defensores de la segunda subrayan que, no obstante su singularidad, a través de los dictámenes periciales se obtiene la convicción del órgano judicial acerca de hechos o circunstancias en los que ha de asentarse el fallo<sup>54</sup>.

**82.** La LEC 1/2000 se adscribe decididamente por configurar la pericia como medio de prueba<sup>55</sup>. Y a diferencia de la LEC de 1881 distingue nítidamente entre fuentes de prueba y medios de prueba para regular los segundos, únicos que son propios de una Ley procesal.

Se denomina *fuentes* de prueba a los elementos de la realidad preexistentes y ajenos al proceso que suministran las afirmaciones de hecho que, contrastadas con las introducidas por las partes en las oportunidades alegatorias idóneas, contribuyen a formar la convicción judicial. En cambio, *medios* de prueba son las actividades o métodos formales jurídicamente reglados a través de los cuales las fuentes pueden acceder al proceso<sup>56</sup>.

**83.** Consecuente con esta caracterización disciplina el vehículo por el que se incorporan al proceso las máximas de experiencia especializadas: el dictamen pericial (art. 299, apdo. 1, 4.º); y el modo en que éste ha de aportarse ante los órganos jurisdiccionales (Secc. 5.ª, del Capítulo VI, arts. 335 y ss.).

A su vez, como regla, incumbe a las partes pronunciarse sobre la conveniencia de un informe pericial para la obtención de un fallo favorable a sus pretensiones, aportándolo junto con sus alegaciones iniciales —o sobrevenidas, cuando resulten admisibles—, sin que en estos casos pueda el Juez inadmitirlos o repelerlos. Únicamente puede rechazar (art. 285) la solicitud de que emita el dictamen un perito designado judicialmente cuando lo considere impertinente (art. 283, apdo. 1), inútil (art. 283, apdo. 2), o extemporáneo (art. 339, apdo. 2, párr. segundo); o la intervención en el juicio o vista de los que emitieron los aportados por las partes (art. 347, apdo. 1).

Excepcionalmente, el órgano judicial pueden manifestar a las partes en la audiencia previa o en el acto de la vista que, en su criterio, las pruebas propuestas por ellas «*podieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos... indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria...*», siempre «*...ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos...*» y «*señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente*», caso en el cual la LEC 1/2000 autoriza a las partes «*a completar o modificar sus proposiciones de prueba*» (art. 429, apdo., 1).

Consideramos que este precepto contempla una salvada a la prohibición contenida en el art. 339, apdo. 2, párr. segundo, de solicitar con posterioridad a la demanda y a la contestación la emisión de informes periciales emitidos por peritos designados judicialmente respecto de hechos que hayan sido objeto de las alegaciones iniciales.

Sin embargo, no se pueden acordar de oficio pruebas periciales cuando no se hubieren propuesto en tiempo y forma por las partes, *motu proprio* o a sugerencia del órgano jurisdiccional *ex art.* 429, apdo. 1, y sí solo la reproducción de las que, oportunamente propuestas y acordadas, no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos (art. 435, apdos. 1 y 2).

## 3') Objeto de la prueba

**84.** Al igual que los demás medios, los dictámenes periciales han de contraerse a los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso (art. 281, apdo. 1) —o con el «objeto del proceso» (art. 283, apdo. 1)—, que no gocen de notoriedad (art. 281, apdo. 4) y que encontrándose dentro de su poder de disposición no hayan sido admitidos por la parte o partes contrarias (art. 281, apdo. 3). Del mismo modo, pueden recaer sobre la existencia y contenido de la costumbre que afecte al orden público o sobre cuya existencia y contenido las partes no manifestasen su conformidad, y sobre el derecho extranjero (art. 281, apdo. 2).

Como particularidad, el art. 335, apdo. 1 subraya que además, debe tratarse de hechos o circunstancias para cuyo conocimiento o valoración, sean *necesarios* conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos. Aunque con referencia a otras situaciones, es conocida doctrina de los Tribunales que por «necesidad» debe entenderse no lo obligado, forzoso o impuesto por causas inexorables o ineludibles, sino aquello que es a opuesto a lo superfluo y en grado superior a lo conveniente para conseguir un fin lícito, esto es, lo equidistante entre lo obligado *stricto sensu* y lo que es solo capricho o conveniencia, sin que pueda establecerse un sólo concepto de necesidad en términos absolutos<sup>57</sup>, debiendo examinarse cada caso concreto en atención a las circunstancias concurrentes<sup>58</sup>.

A salvo las cuestiones estrictamente jurídicas, a propósito de las cuales es prácticamente unánime el rechazo doctrinal a la admisibilidad de la prueba pericial, en rigor —y no obstante el parecer contrario de algún pronunciamiento jurisprudencial<sup>59</sup>— ésta no debe subordinarse a que, de modo eventual y contingente, el órgano jurisdiccional pueda poseer o procurarse por sí los conocimientos especializados de que se trate, pues, entre otras razones, ni existe

seguridad de que el juez esté realmente versado en la materia ni necesariamente los llamados a conocer del proceso en otra instancia o recurso han de poseer el mismo talento.

#### 4) Clases de informes periciales

**85.** A diferencia del Proyecto de LEC 1/2000, en el que únicamente se contemplaba la designación de peritos por los órganos jurisdiccionales en casos de excepción<sup>60</sup>, merced a la tramitación parlamentaria, y si bien no prosperaron todas las enmiendas presentadas con el propósito de modificar radicalmente la configuración inicial de la prueba pericial<sup>61</sup>, se modalizaron un tanto las previsiones originarias y se llegó al sistema mixto recogido en el texto positivo.

Así, a la luz de lo prevenido en el art. 335, apdo. 1 «...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».

A su vez, a tenor del art. 339, apdos. 1 y 2, puede interesarse la designación judicial de peritos: a) cuando cualquiera de las partes tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita; o, b) cuando, sin este requisito, las partes entiendan conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial.

Importa subrayar que, al igual que acontece con la defensa técnica por medio de letrado, el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita no comporta *sic et simpliciter* que la parte concernida se vea ineluctablemente abocada a solicitar la designación judicial de peritos, pues bien puede acontecer que algún experto de su confianza acceda a emitir el dictamen de forma gratuita, en cuyo caso podrá aportar el dictamen junto a sus alegaciones iniciales o sobrevenidas.

#### 5) Cualificación de los peritos

**86.** La diferente dicción de los arts. 335, apdo. 1 —«...peritos que posean los conocimientos correspondientes...» y 340, apdo. 1, sistemáticamente ubicado entre las disposiciones relativas a la designación de peritos por los Tribunales —«...Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias...»— ha llevado a algún autor a sostener que la LEC 1/2000 no exige a los que emitan dictámenes por designación de las partes que posean «conocimientos específicos en la materia sobre la que verse el dictamen, ni títulos profesionales»<sup>62</sup>.

En nuestro criterio, sin embargo, ni la dicción literal ni la ubicación sistemática de uno y otro precepto proporcionan un argumento sólido y bastante para colegir que la LEC 1/2000 se propone establecer deliberadamente un diferente régimen en cuanto a la cualificación de los peritos según que emitan dictamen a instancias y por designación de las partes o por nombramiento judicial. Obsérvese que si se equiparan legalmente a todos los efectos ambas especies de dictámenes no parece razonable ni conforme a la lógica que quienes emitan informe a requerimiento de las partes carezcan de toda cualificación o titulación, a menos que no exista respecto de la materia de que se trate.

Téngase en cuenta, además, que desde un punto de vista pragmático la expresada carencia supone exponer un flanco a los reparos de la parte contraria y a la censura crítica por el órgano jurisdiccional del dictamen emitido.

**87.** En relación con los peritos cuya designación se solicite del órgano jurisdiccional, la especialidad en que hayan de estar versados vendrá determinada por la materia respecto de la cual deban informar, tanto si están comprendidas en títulos profesionales oficiales cuanto si con relación a la misma únicamente hubiere personas entendidas.

Empero no es insólito que sobre una misma materia ostenten idoneidad subjetiva expertos en áreas de conocimiento diversas, y aun puede controvertirse por las partes acerca de la especialidad requerida para dictaminar sobre las cuestiones de que se trate. A falta de acuerdo de las partes, la decisión se adoptará por el órgano jurisdiccional en ejercicio de un prudente arbitrio<sup>63</sup>.

**88.** Delimitada la materia o materias a que haya de contraerse el dictamen, serán preferidos los profesionales titulados, y únicamente cuando no los haya podrá recabarse el informe de personas entendidas (art. 340, apdo. 1). Obsérvese además que, al igual que en el sistema de la LEC de 1881, no se exige a los peritos titulados que, al propio tiempo, sean profesionales colegiados<sup>64</sup>.

#### 6) Imparcialidad de los peritos

**89.** En todo caso, como garantía de la independencia e imparcialidad del dictamen y de la objetividad de los peritos se previene que al tiempo de emitir el dictamen, todo perito deben 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 incumple sus deberes (art. 335, apdo. 2). Ha de entenderse que esta manifestación habrá de incluirse en el dictamen escrito por los peritos que emitan informe a instancia de las partes para acompañarlos a sus alegaciones; y los designados judicialmente, sin perjuicio de lo que pueda decidirse por el órgano jurisdiccional en cada caso particular, al aceptar el nombramiento (art. 342, apdo. 1, *in fine*).

**90.** Con el mismo objeto, la Ley regula los métodos por los cuales las partes pueden poner de relieve la concurrencia en los peritos de circunstancias que hagan, cuando menos, cuestionable su idoneidad subjetiva o suscitar sospechas acerca de parcialidad.

La disciplina es, naturalmente, distinta según se trate de peritos designados por las partes o nombrados por el Tribunal. Como quiera que los primeros han emitido el dictamen fuera del proceso y se ha aportado con las alegaciones, no puede impedirse su acceso al proceso, el cual ya ha tenido lugar. Únicamente cabe prevenir al órgano jurisdiccional. En cuanto a los segundos, en cambio, cabe separar a los designados y obstaculizar la emisión del dictamen.

#### 6.1. Las tachas

**91.** Los arts. 124, apdo. 2 y 343, apdo. 1, reserva la recusación a los peritos designados por el órgano jurisdiccional, haciendo, en cambio, a los peritos designados por las partes sujetos susceptibles de tacha, cuando concurra en ellos alguna de las siguientes causas:

1.º Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus Abogados o Procuradores.

2.º Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

3.º Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus Abogados o Procuradores.

4.º Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus Procuradores o Abogados.

5.º Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional.

**92.** Las tachas han de alegarse en tiempo oportuno. La LEC 1/2000 se limita a señalar el momento preclusivo transcurrido el cual su invocación se considera extemporánea: la finalización del juicio —en el procedimiento ordinario— o de la vista —en el procedimiento verbal— (art. 343, apdo. 2, párr. primero y 347, apdo. 1, núm. 6.º). En todo caso, en el procedimiento ordinario, y a menos que se trate de informes cuya aportación ulterior resulte admisible, se establece como oportunidad idónea la audiencia previa (art. 343, apdo. 2, párr. primero).

**93.** Formuladas las tachas, no se prevé expresamente que el órgano jurisdiccional comunique la solicitud a las demás partes, acaso en el entendimiento de que el Procurador de la parte proponente habrá debido conducirse del modo previsto en el art. 276, o, acaso, en que se formule oralmente en el acto de la audiencia previa o del juicio en el procedimiento ordinario o de la vista en el verbal.

La omisión legal, para los casos en que la alegación se verifique por escrito y la parte no cuente con representante causídico, ha de suplirse acudiendo a lo dispuesto en el art. 274, esto es, a la comunicación por el órgano jurisdiccional.

Verificado el traslado, no se contempla específicamente el plazo dentro del cual las partes pueden refutar las tachas alegadas, limitándose a disponer que cualquiera de las partes interesadas puede dirigirse al Tribunal a fin de negar o contradecir la tacha, aportando los documentos que consideren pertinentes a tal efecto. Por otra parte, si a criterio del perito concernido la tacha menoscabara su consideración profesional o personal, se permite a éste solicitar del Tribunal que, al término del proceso, declare, mediante providencia, que la tacha carece de fundamento (art. 344, apdo. 1, párr. segundo).

**94.** Las tachas formuladas no son objeto de un pronunciamiento autónomo por el órgano jurisdiccional, sino que se relega a la resolución definitiva —en la que ha de valorarse la prueba (art. 209, 2.ª y 218, apdo. 2)— las consideraciones oportunas acerca de las tachas y de su eventual contradicción, sin que se impida la apreciación del dictamen emitido (art. 344, apdo. 2, primer inciso).

A su vez, si el Juez o Tribunal apreciase temeridad o deslealtad procesal en la tacha, a causa de su motivación o del tiempo en que se hubiese formulado, podrá imponer a la parte responsable, previa audiencia de la misma, una multa de diez mil a cien mil pesetas.

#### 6.2. La abstención y recusación

**95.** Al igual que en el sistema de la LEC de 1881, la LEC 1/2000 contempla la posibilidad de recusar a los peritos de designación judicial. Como coherente novedad ésta prevé, además, el deber de abstención que pesa sobre aquéllos cuando concurra alguna de las causas específicamente previstas (arts. 100, apdo. 2 y 105, apdo. 1). La interpretación restrictiva de las mismas impide apreciarlas extensivamente o aplicarlas con criterios analógicos<sup>65</sup>.

**96.** La LEC 1/2000 prevé dos órdenes de causas de abstención y recusación de los peritos. De una parte, las generales o comunes establecidas en el art. 219 LOPJ (art. 124, apdo. 3)<sup>66</sup>, y las específicas enunciadas en el propio apdo. 3 del art. 124 LEC 1/2000:

1.ª Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso.

2.ª Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo.

3.ª Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.

**97.** Sobre los peritos de designación judicial recae el deber de abstenerse cuando concurra alguna de las causas legalmente previstas. La abstención puede formularse oralmente o por escrito, pero siempre con la debida justificación.

Cuando la causa de abstención concurra en el momento de la designación, el perito no aceptará el cargo, y será sustituido en el acto por el perito suplente, cuando éste hubiere sido designado. Si el perito suplente también se negare a aceptar el cargo, por concurrir en él la misma u otra causa de abstención, será sustituido por el siguiente de la lista.

En cambio, si la causa es conocida o se produce después de la aceptación del cargo, la abstención se elevará al Juez, Magistrado o Magistrado Ponente, según que se trate de órganos unipersonales o colegiados, el cual decidirá la cuestión, previa audiencia de las partes, si ulterior recurso (art. 105).

**98.** A propósito de la recusación, es fácilmente advertible una antinomia entre lo dispuesto en el art. 124, apdo. 1 y lo prevenido en el art. 343, apdo. 1.

Así, de acuerdo con el art. 124, apdo. 1 «sólo los peritos designados por el Tribunal *mediante sorteo* podrán ser recusados...»; a tenor del art. 343, apdo. 1, en cambio, pueden ser objeto de recusación «los peritos *designados judicialmente*».

Si no pueden albergarse dudas acerca de que los peritos designados por las partes nunca pueden ser recusados, no sucede lo mismo, según el precepto al que atendamos, con:

a) los peritos de designación judicial conforme a lo que se establece en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, salvo el caso en que haya de acudirse a sorteo entre técnicos privados (art. 339, apdo. 1, en relación con el art. 6, núm. 6.º de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, conforme a la redacción dada a este precepto por la D. Final Decimoquinta de la LEC 1/2000);

b) los peritos designados judicialmente previo acuerdo de las partes (art. 339, apdo. 4);

c) los peritos designados de oficio 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 (art. 339, apdo. 5); y,

d) las personas entendidas o prácticas designadas judicialmente a falta de peritos titulados, previo común acuerdo de las partes (art. 341, apdo. 1).

Como quiera que el criterio de especialidad, que llevaría a dotar de prevalencia al art. 124 sobre el art. 343, conduce al absurdo de excluir de tacha y recusación a los peritos enunciados en las letras precedentes, estimamos que la dicción del primer artículo citado ha de entenderse corregida por lo dispuesto en el segundo<sup>67</sup>.

**99.** La recusación se propondrá en escrito firmado por el Abogado y Procurador siempre que, de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 31 fuere preceptiva su intervención, o, siendo potestativa, las partes hubieran decidido valerse espontáneamente de ellos, en el cual ha de expresarse concretamente la causa de la recusación y los medios de probarla, y se acompañarán tantas copias cuantas sean las otras partes y una más para el recusado (art. 125, apdo. 1).

**100.** Cuando la causa de recusación fuera anterior a la designación del perito, el escrito deberá presentarse dentro de los dos días siguientes al de la notificación del nombramiento (art. 125, apdo. 2, párr. primero). Siendo posterior, ha de distinguirse, a su vez, según sea anterior a la emisión del dictamen, en cuyo caso el escrito de recusación podrá presentarse antes del día señalado para el juicio o vista o al comienzo de dichos actos (art. 125, apdo. 2, párr. segundo); o bien que, existiendo al tiempo de emitirse el dictamen, fueren conocidas después de aquélla, en cuyo caso podrán manifestarse al órgano jurisdiccional antes de que dicte sentencia y si esto no fuese posible, al órgano competente para la segunda instancia, sin que, como regla, después del juicio o vista se pueda recusarse a los peritos (art. 125, apdo. 3).

**101.** Presentado el escrito, se comunicarán las copias a las otras partes y al perito afectado. Este último deberá manifestar ante el Secretario Judicial si es o no cierta la causa en que la recusación se funda, aunque no se prevé plazo alguno a tal fin. Si la reconoce como cierta y el reconocimiento se considerase fundado por el órgano jurisdiccional, se le tendrá por recusado sin más trámites y será reemplazado por el suplente. Si el recusado fuera el suplente, y reconociere la certeza de la causa, se designará al siguiente de la lista (art. 126).

Diversamente, si el perito niega la certeza de la causa de recusación, o cuando el órgano jurisdiccional rechace —por reputarlo carente de fundamento— el reconocimiento por el perito de la concurrencia de dicha causa, se convocará a las partes a una comparecencia, son señalamiento del día y hora en que haya de celebrarse, debiendo asistir representadas por sus procuradores y dirigidas por sus abogados, si su intervención fuera preceptiva en el proceso. Asimismo deberán comparecer con las pruebas de que intenten valerse (art. 127, apdo. 1), lo que arguye la radical inadmisión de las que no puedan practicarse en el acto.

La incomparecencia del recusante apareja que se le tenga por desistido de la recusación (art. 127, apdo. 2).

Compareciendo el recusante e insistiendo en la recusación, se admitirán las pruebas pertinentes y útiles que se propusieren, y, luego de practicarse, resolverá el órgano jurisdiccional mediante de auto lo que estime procedente, sin ulterior recurso. En caso de estimar la recusación, el perito recusado será sustituido por el suplente y si fuera éste el recusado y no hubiere más peritos, se procederá a la designación del siguiente en la lista (art. 127, apdos. 3 y 4).

**102.** Los peritos que se abstengan y aquellos respecto de los cuales se acepte el reconocimiento o declare procedente la causa de recusación, deben ser sustituidos. Y lo mismo es predicable de los peritos que aduciendo justa causa rechacen el nombramiento.

Conforme a la dicción literal de los arts. 105, apdo. 2, 126, 127 y 342, apdo. 2, la sustitución de los peritos, cualquiera que haya sido el sistema de designación, tiene lugar de idéntica manera, esto es, acudiendo al siguiente que figure en la lista obrante en el Juzgado. Algún autor<sup>68</sup> propone interpretar estos preceptos en el sentido de acudir a este método de designación únicamente cuando el mismo haya sido empleado para el nombramiento originario, no en los demás, en los cuales sugiere emplear el mismo procedimiento que determinó la primera designación —nombra-

miento directo por el órgano jurisdiccional o acuerdo de las partes—.

b) Los dictámenes aportados por las partes

**103.** Como regla, los dictámenes periciales —acompañados, en su caso, de los demás documentos, instrumentos y materiales complementarios— de que pretenda valerse el actor han de aportarse junto con el escrito de demanda, y aquéllos de que se proponga servirse el demandado, tanto sobre sus propias pretensiones cuanto respecto de las formuladas por el actor, deberá presentarlos junto con la contestación, sea escrita —en el procedimiento ordinario y en los verbales en que así se ordena— u oral —en el acto de la vista del juicio verbal— (arts. 336, apdo. 1; 265, apdo. 1, núm. 4.º y apdo. 4).

Excepcionalmente, 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, pretenden valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o antes de la vista en el verbal (art. 337, apdo. 1).

Obsérvese que en los juicios verbales que podemos denominar «comunes»<sup>69</sup>, la contestación a la demanda tiene lugar, como regla, en el propio acto de la vista. Incluso es dudoso que en el caso de que, por formularse reconvencción objetivamente admisible, ésta deba formularse por escrito con cinco días de anterioridad al día señalado para la vista (art. 438), la misma exigencia resulte predicable de la contestación a la demanda. En consecuencia, en relación con estos procedimientos, se concilia mal la carga de anunciar en una contestación que se realiza en el acto de la vista que se aportará *después* un dictamen y la carga de aportarlos antes de la vista. Por ello, debemos entender que la facultad legal se refiere implícitamente sólo a los juicios ordinarios y a los verbales con contestación escrita. Así lo corrobora el art. 336, apdo. 4, al señalar que «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».

Se entiende que al demandante le es posible aportar con la demanda dictámenes escritos elaborados por perito por él designado, salvo que justifique cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquella hasta la obtención del dictamen (art. 336, apdo. 3).

Aportados estos dictámenes, 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 (art. 337, apdo. 2).

**104.** No obstante, el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio —en el procedimiento ordinario— 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 (art. 265, apdo. 3). A su vez, tanto el actor como el demandado pueden aportar en el acto de la audiencia previa los documentos y dictámenes que se justifiquen en razón de las alegaciones complementarias, rectificaciones, peticiones, adiciones y hechos nuevos que pueden aducirse en dicho acto (art. 426, apdo. 5), y si fuere el caso, expresar lo que convenga a su derecho acerca de los dictámenes periciales presentados hasta ese momento, admitiéndolos, contradiciéndolos o proponiendo que sean ampliados en los extremos que determinen (art. 427, apdo. 2).

Por otra parte, 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, manifestando las partes si consideran necesario que concurran a dichos juicio o vista los peritos autores de los dictámenes, y expresar 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 (art. 338, apdo. 2, párr. primero, en relación con los arts. 337, apdo. 2 y art. 427, apdo. 3).

Damos aquí por reproducidas las dudas que expresábamos en el §. 28 acerca de la aplicabilidad de estas disposiciones en los juicios verbales sin contestación escrita.

**105.** El órgano jurisdiccional, sin pronunciarse aún sobre la pertinencia o utilidad de los dictámenes aportados, resolverá acerca de la solicitud de intervención de los peritos en el acto del juicio o de la vista y podrá acordar de oficio la comparecencia de aquéllos cuando lo considere necesario (art. 427, apdo. 2).

Contra la resolución que dicte sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia (art. 285, apdo., 2).

**106.** Con la novedosa admisión de informes periciales elaborados por peritos designados por las partes y el reconocimiento de eficacia pareja a la de los dictámenes de los peritos de designación judicial se desautoriza una prolongada y vacilante doctrina jurisprudencial que si bien venía negando virtualidad a aquéllos como genuinas pruebas periciales<sup>70</sup>, en unas ocasiones les privaba de toda eficacia<sup>71</sup>; en otras los equiparaba a pruebas documentales subordinando a que fueran adverbados por sus emisores en prueba testifical<sup>72</sup>; o bien les atribuía la calificación de pruebas testificales<sup>73</sup>; o, por último, autorizaba su apreciación combinada con otros medios y de acuerdo con las reglas del razonar humano<sup>74</sup>.

d) La designación por el órgano judicial

1') Solicitud

**107.** Como ya se ha indicado, cuando las partes consideren conveniente o necesaria la práctica de informes periciales, se encuentran facultadas en todo caso —y no sólo cuando sean titulares del derecho de asistencia jurídica gratuita (art. 339, apdo. 1)— tanto para aportar los elaborados y emitidos extraprocésalmente por peritos de su designación, cuanto para interesar que los correspondientes dictámenes sean realizados por peritos que designe el órgano jurisdiccional.

Al igual que sucede en el caso de la aportación de informes por las partes, debe distinguirse según nos hallemos en un procedimiento ordinario o en un procedimiento verbal, y dentro de éstos, que se trate de un procedimiento especial con contestación escrita o «común», esto es, con trámite de contestación oral en el acto de la vista.

**108.** Mas, como quiera que en todos los procedimientos la demanda es un acto procesal sometido al requisito de la escritura, el actor habrá de anunciar en aquélla su propósito motivado de valerse de la prueba pericial para acreditar los hechos en que se funde su pretensión, bien para que se proceda a la designación en la forma prevenida en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, cuando tenga reconocido el beneficio, o en su defecto, de la forma ordinaria (art. 339, apdo. 1).

En el procedimiento ordinario y en los juicios verbales en los que la contestación deba formularse asimismo por escrito, en ésta habrá de incluir el demandado, en su caso —ora respecto de los hechos invocados por el actor en la demanda o de los que él mismo alegue—, el correspondiente anuncio o solicitud fundamentados (art. 339, apdo. 2, párr. primero).

En los casos de méritos, la designación judicial de perito se realizará en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quien haya solicitado dicha designación (art. 339, apdo. 2, párr. tercero).

Como regla, pues, con los escritos alegatorios iniciales precluye para las partes la facultad de solicitar la elaboración de informes periciales por peritos de designación judicial relativos a las alegaciones contenidas en aquéllos (art. 339, apdo. 2, párr. segundo).

**109.** En el procedimiento ordinario, si se produjeran las alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario, las rectificaciones, adiciones, o la invocación de hechos nuevos o de nueva noticia que autoriza el art. 426, sin perjuicio de la facultad que asiste a las partes para presentar documentos y dictámenes en relación con unas u otras en el propio acto o hasta cinco días antes de la vista (art. 427, apdo. 3), podrán asimismo solicitar, en la misma audiencia, la designación por el Tribunal de un perito que dictamine acerca de ellas (art. 427, apdo. 4).

Diversamente, en los juicios verbales, como quiera que tales alegaciones sólo pueden tener lugar, en su caso, en el propio acto de la vista, al no preverse ninguna comparecencia anterior, la solicitud de designación judicial de perito habrá de formularse, en su caso, en la misma vista (art. 339, apdo. 3, párr. segundo).

2') Resolución

**110.** Cualquiera que haya sido el momento en el que se haya deducido la solicitud, la admisibilidad de la designación judicial se subordina a que el órgano competente «considere pertinente y útil el dictamen pericial solicitado» (art. 339, apdo. 2, párr. primero; y apdo. 3); y a que la prueba resulte objetivamente precisa por ser «necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos» (art. 335, apdo. 1).

Además, cuando la solicitud sea consecuencia de las alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario, las rectificaciones, adiciones, o la invocación de hechos nuevos o de nueva noticia que eventualmente se deduzcan en la audiencia preliminar del procedimiento ordinario o en la vista de los procedimientos verbales, la LEC impone dos requisitos suplementarios (art. 339, apdo. 3, párr. primero):

a) Que ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia; y,

b) Que ambas partes manifiesten asimismo su conformidad en aceptar el dictamen del perito que el Tribunal designe.

Si el primer requisito puede considerarse lógico y razonable, no sucede lo mismo con el segundo, al menos en su estricta literalidad. Por ello, FONT SERRA propone interpretar el precepto en el sentido de «que ambas partes se muestren conformes en que el Tribunal realice la designación del perito»<sup>75</sup>.

Con todo, la norma puede comprometer gravemente el derecho a la prueba de una de las partes —no se olvide, con relevancia constitucional— al subordinar la práctica de una prueba que puede evidenciarse como perfectamente pertinente y útil a la aprobación o aquiescencia de la parte o partes contrarias, de las cuales cabe esperar, de ordinario, una actitud remisa a colaborar en la defensa del derecho o intereses del adversario si, al propio tiempo, no se ven igualmente comprometidos los propios. Consecuentemente, el Juez habrá de ponderar cuidadosamente la eventual oposición y rechazar la que se presente injustificada o abusiva *ex art. 11, apdo. 2 LOPJ*.

3') Designación de peritos

3.1. Número de peritos

**111.** A diferencia del régimen de la LEC de 1881, en el que las partes debían manifestar al solicitar la prueba

pericial si debían ser uno o tres los peritos a designar (arts. 611 y 612), y el Juez accedía a la solicitud conteste de todas ellas o resolvía de plano y sin ulterior recurso lo que reputase conveniente en consideración a la importancia del reconocimiento y a la cuantía del pleito (art. 613), la LEC 1/2000 establece taxativamente que habrá de nombrarse sólo 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 (art. 339, apdo. 6).

A su vez, y con referencia a las solicitudes efectuadas junto con las alegaciones iniciales, si las partes se muestran conformes podrá designarse un único perito que emita el informe solicitado (art. 339, apdo. 2, párr. tercero).

Faltando la expresada conformidad, y en la medida en que no cabe designar más que un perito por cada cuestión o conjunto de cuestiones relativas a una misma materia, a menos que las peticiones de las partes requieran por su índole que los informes se emitan por expertos en áreas de conocimientos o prácticas diversas, también habrá de designar un único perito para todas ellas.

Del mismo modo, si alguna o todas las partes solicitasen la designación judicial de perito a consecuencia de alegaciones posteriores a las iniciales, salvo que el dictamen haya de versar sobre materia distinta de aquella a que se contrajo la solicitud originaria, no se designará un nuevo perito, sino que se encomendará al ya designado la ampliación del dictamen en relación con las cuestiones sobrevenidamente interesadas. Y las mismas reglas habrán de observarse, en su caso, si la primera solicitud se produjese a consecuencia de dichas alegaciones posteriores.

### 3.2. Modos de designación

#### 3.2.1. Acuerdo de las partes solicitantes

**112.** Cualquiera que sea el tiempo en que se formule la solicitud y la clase de procedimiento seguido, como regla, el órgano jurisdiccional se encuentra vinculado a designar para la emisión del dictamen a la persona o entidad determinada sobre la cual estuviesen de acuerdo las partes solicitantes (art. 339, apdo. 4). A falta de acuerdo de los interesados —*id est*, de «las partes que solicitasen la designación», o si sólo una parte hubiera interesado la designación, el perito será designado por el método de sorteo a que se refiere el art. 341 (art. 339, apdo. 4, *in fine*).

#### 3.2.2. Acuerdo de todas las partes

**113.** El acuerdo de todas las partes se exige para la designación de perito en un único caso: cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, y no pueda acudir al sorteo, por tratarse de una materia singular, respecto de la cual el órgano jurisdiccional disponga solamente del nombre de una persona. En este supuesto, se recabará de las partes su consentimiento y, sólo si todas lo otorgan, se designará perito a esta persona (art. 341, apdo. 2).

Con la finalidad de facilitar que pueda darse cumplimiento a lo prevenido en la norma, la LEC 1/2000 impone que la designación se realice en presencia de las partes, previa citación de las mismas.

Al subordinarse la designación de perito y, consecuentemente, la emisión del dictamen, a la obtención del consentimiento de las partes, nuevamente se está condicionando el derecho a la prueba de uno solo de los litigantes a una circunstancia contingente y eventual.

#### 3.2.3. Designación de oficio

**114.** De acuerdo con lo establecido en el art. 339, apdo. 5, en los procesos sobre reclamación o impugnación de filiación, paternidad y maternidad, en los procesos sobre la capacidad de las personas y en los procesos matrimoniales.

En estos procesos especiales, sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el órgano jurisdiccional podrá, de oficio, acordar la práctica de cuantas pruebas estime pertinentes (art. 752, apdo. 1, párr. segundo), señaladamente: a) los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas en los procesos sobre la capacidad de las personas — en los que nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico acordado por el Tribunal (art. 759, apdo. 1, párr. segundo)—; y, b) las pruebas biológicas en los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad (art. 767, apdo. 2).

Si en estos procesos el órgano jurisdiccional acuerda la emisión de dictámenes periciales de oficio, puede asimismo designar directamente al perito (art. 339, apdo. 5).

Aunque esta designación de oficio puede recaer en cualquier profesional, por lo común el nombramiento recaerá en profesionales de la medicina y, como regla, en médicos forenses, como cuerpo titulado superior al servicio de la Administración de Justicia (arts. 497 y 498 LOPJ).

#### 3.2.4. Designación por sorteo

**115.** El sistema de designación de peritos por medio de sorteo se configura en la LEC 1/2000 como método ordinario de nombramiento, tanto en los casos en que la solicitud de la prueba la formule una sola de las partes, cuanto si, interesándolo ambas, no conviniesen en que la designación recaiga en persona determinada. Asimismo se prevé como método supletorio para la elección del perito que haya de suplir a los designados por otros medios cuando éstos se excusen, se abstengan o sean recusados y no se hubiere nombrado sustituto o fuese éste quien deba ser reemplazado.

Debe significarse, no obstante, que la expresión «sorteo» no tiene en la LEC 1/2000 un significado análogo ni equivalente al procedimiento de insaculación que previera la LEC de 1881.

En el Proyecto de LEC remitido por el Gobierno al Congreso de Diputados se establecía que el sorteo para la designación de perito por el Tribunal se llevaría a cabo a presencia del secretario judicial, tomando como base las listas de miembros de los Colegios Profesionales o entidades análogas, sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, así como las que, a instancia del Tribunal, pudieran facilitar Academias e Instituciones culturales y científicas (art. 342 PLEC).

Fruto de algunas enmiendas parlamentarias, al paso del texto por el Congreso de los Diputados se introdujo el sistema definitivo consistente en que al comienzo de cada año se recabara de los distintos Colegios profesionales o entidades análogas, así como de Academias e Instituciones culturales y científicas el envío de una lista de colegiados y asociados dispuestos a actuar como peritos, y que sólo se verifique un sorteo a principios de cada año para la primera designación de perito en cada una de las listas de profesionales y, a partir de esta primera designación, se efectuarán las demás designaciones por orden correlativo.

El acogimiento de este sistema se justificaba por los grupos parlamentarios proponentes de las enmiendas, de una parte, en que otras normas de nuestro Ordenamiento prevén un método análogo de designación de peritos, como acontece en la Ley General Tributaria<sup>76</sup>, pareciendo aconsejable la unificación de criterios; y de otra, en que este sistema de elección evita la aleatoriedad que supone el sorteo para cada caso que, en listas no muy numerosas, puede abocar a que la designación recaiga de forma reiterada en una misma persona o conjunto de personas. De esta forma puede mejorarse la distribución de las designaciones y, además, se trata de un procedimiento de designación más ágil<sup>77</sup>.

Sin embargo, no resultan en modo alguno desdeñables los argumentos contrarios esgrimidos por los grupos parlamentarios discrepantes —señaladamente el Grupo parlamentario catalán en el Senado de *Convergència i Unió*—, al señalar que el sistema de designación por lista corrida permite conocer la identidad del perito antes de proponerse la prueba, comprometiendo la imparcialidad y objetividad del dictamen y, en las dificultades de que cada primero de enero los juzgados vayan a disponer de las listas de todos los peritos posibles.

**116.** Como quiera que los juzgados deberán disponer de listas de profesionales expertos en las más diversas materias que estén dispuestos a actuar como peritos judiciales cuando sean designados, se establece que en el mes de enero de cada año se interesará de los distintos Colegios profesionales o, en su defecto, de entidades análogas, así como de las Academias e Instituciones culturales y científicas, el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos (art. 341, apdo. 1).

Asimismo, para los casos en que haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, las listas en que habrán de constar al menos cinco de estas personas, se solicitarán de los sindicatos, asociaciones y otras entidades apropiadas (art. 341, apdo. 2).

Todas estas entidades, Academias, instituciones y sindicatos, recibida la correspondiente solicitud y en cumplimiento del deber de colaboración con los Juzgados y Tribunales que impone el art. 17, apdo. 1 LOPJ, deberán remitir las listas de sus colegiados o asociados que libremente deseen actuar como peritos judiciales.

Recibidas estas listas, la primera designación de cada lista, según establece el art. 341, apdo. 1 se efectuará por sorteo realizado en presencia del Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo.

Obsérvese que la Ley no precisa el modo en que haya de procederse a esa primera designación, pudiéndose emplear cualquiera que garantice la aleatoriedad del resultado.

#### 3.2.5. Solicitante beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita

**117.** Cuando la designación de perito se solicite por quien sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, se procederá al nombramiento de perito en la forma establecida en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (art. 339, apdo. 1).

La redacción conferida al art. 6, núm. 6.º de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita por la Disposición Final Decimoquinta de la LEC 1/2000, determina que el nombramiento de perito se efectúe directamente por el órgano jurisdiccional entre el personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales o, en su defecto, entre funcionarios dependientes de las Administraciones Públicas (párr. primero).

De modo excepcional, cuando no existan técnicos en la materia de que se trate y, en consecuencia, no sea posible la asistencia pericial de peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones Públicas, el nombramiento podrá recaer, si el Juez o Tribunal lo estima pertinente en resolución motivada, en peritos privados, caso en el que se designarán de acuerdo con lo que se establece en las leyes procesales (párr. segundo).

#### 3.3. Aceptación y nombramiento

**118.** La designación del perito en virtud de alguno de los sistemas legalmente prevenidos se comunicará al elegido dentro de los cinco días siguientes requiriéndole para que, dentro de los cinco días inmediatos, manifieste si acepta el cargo (art. 343, apdo. 1). La comunicación se llevará a cabo, según lo establecido en el art. 159 LEC para las comunicaciones con testigos, peritos y otras personas que no sean parte en el juicio.

Si el perito acepte el cargo, hipótesis que ha de considerarse normal, tanto en méritos del deber de colaboración con los órganos jurisdiccionales (art. 17, apdo. 1 LOPJ), cuanto porque el propio perito habrá interesado o consentido su inclusión en las listas correspondientes, se efectuará el nombramiento, y el perito deberá manifestar bajo juramento

o promesa de decir verdad, en la forma en que se disponga, que 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 (art. 342, apdo. 1, en relación con art. 335, apdo. 2).

**119.** En el acto del nombramiento y aceptación, no obstante el silencio legal, se hará partícipe al perito lo que deba ser objeto de su dictamen, el plazo en que deba emitirlo, y los deberes y cargas que comporta la aceptación del cargo. En especial, se le harán saber las penas asignadas en los arts. 458 y ss. CP, a quienes faltaren maliciosamente a la verdad en su dictamen o, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterasen con reticencias, inexactitudes o silenciaren hechos o datos relevantes que conozcan.

#### 3.4. La provisión de fondos

**120.** A propósito de la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre el perito que acepta el cargo y las partes que han solicitado su designación al órgano jurisdiccional, se conviene con práctica unanimidad en la doctrina que no se trata de un vínculo propiamente negocial —arrendamiento de servicios—, sino de una relación de naturaleza pública derivada de la Ley procesal<sup>78</sup>.

Dado que el perito estará obligado a emitir su dictamen en el plazo que se le señale, como contraprestación a los servicios profesionales que prestará en el proceso tendrá derecho a obtener la debida retribución económica, mediante el cobro de sus honorarios profesionales.

A salvo el caso en que el solicitante sea titular del derecho a litigar gratuitamente, el dictamen que emita el perito designado por el órgano jurisdiccional será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas (art. 339, apdo. 2, párr. primero *in fine*). A su vez, cuando ambas partes hubiesen pedido la designación en sus alegaciones iniciales, el órgano jurisdiccional podrá nombrar, 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, asimismo, de lo que pudiera acordarse en materia de costas (art. 339, apdo. 2, párr. tercero)<sup>79</sup>.

**121.** De modo análogo a como se prevé en otros Ordenamientos comparados —v. gr., §§. 402, en relación con el 379 ZPO alemana—, la LEC 1/2000, con el propósito de proporcionar una «...solución o, cuando menos, una importante atenuación del problema práctico, muy frecuente, de la adecuada y tempestiva remuneración de los peritos...»<sup>80</sup>, faculta al perito para solicitar, dentro de los tres días siguientes al de su nombramiento, la provisión de fondos que considere necesaria, que será a cuenta de la liquidación final.

A tenor de lo dispuesto en el art. 342, apdo. 3, párr. primero, el órgano jurisdiccional, mediante providencia, decidirá sobre la provisión solicitada y ordenará a la parte o partes que hubiesen propuesto la prueba pericial y no tuviesen derecho a la asistencia jurídica gratuita, que procedan a abonar la cantidad fijada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, en el plazo de cinco días.

Si transcurriere dicho plazo sin haberse depositado la cantidad establecida, el perito quedará eximido de emitir el dictamen, sin que pueda procederse a una nueva designación (art. 342, apdo. 3, párr. segundo).

Cuando el perito designado lo hubiese sido de común acuerdo, y uno de los litigantes no realizare la parte de la consignación que le correspondiere, se ofrecerá al otro litigante la posibilidad de completar la cantidad que faltare, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen, o de recuperar la cantidad depositada, en cuyo caso tampoco podrá procederse a una nueva designación (art. 342, apdo. 3, párr. tercero).

#### 3.5. Operaciones periciales. Intervención de las partes

**122.** Aun en el caso en que únicamente se recabe del perito la exposición de máximas de experiencia especializadas de las que más tarde haya de servirse el órgano jurisdiccional para apreciar o valorar los hechos litigiosos, los peritos designados habrán de preparar el dictamen, con precedencia a su emisión, mediante una plural variedad de operaciones. En unos casos, se limitará a recabar, recopilar y ordenar la información requerida por el órgano jurisdiccional; en los más, junto a las anteriores, el perito deberá reconocer documentos, objetos de otra índole, muebles o inmuebles, o examinar lugares o personas.

En relación con estos últimos casos, esto es, cuando la emisión del dictamen requiera algún reconocimiento de lugares, objetos o personas o la realización de operaciones análogas, se autoriza a las partes y a sus defensores a presenciar uno y otras, si con ello no se impide o estorba la labor del perito y se puede garantizar el acierto e imparcialidad del dictamen (art. 345, apdo. 1). En esta hipótesis, el órgano jurisdiccional decidirá lo que proceda y, en caso de admitir esa presencia, ordenará al perito que dé aviso directamente a las partes, con antelación de al menos cuarenta y ocho horas, del día, hora y lugar en que aquellas operaciones se llevarán a cabo (art. 345, apdo. 2).

**123.** No cabe desconocer que las operaciones periciales sólo pueden practicarse si el perito puede acceder a las cosas o personas que deban ser reconocidas o examinadas.

En rigor, no debe presentarse dificultad alguna si la propia parte que ha solicitado la práctica de la prueba pericial se encuentra en disposición de proporcionar o, cuando menos, de facilitar al perito el acceso a lo que éste haya de reconocer, ya en la sede del órgano jurisdiccional, ya en el lugar, distinto de éste, en el que se encuentre.

En cambio, si lo que debe ser objeto del reconocimiento pericial no se halla al alcance de la parte interesada, sino de la contraria o de un tercero, es preciso aprestar los medios necesarios para que la prueba pueda realizarse

satisfactoriamente. Al igual que sucedía en la LEC de 1881, la LEC 1/2000 guarda el más absoluto silencio. Para salvar la laguna, la doctrina científica sugiere las siguientes posibilidades<sup>81</sup>:

a) Si el objeto del reconocimiento pericial es un lugar, un bien inmueble, o un mueble que, por sus características no puede ser trasladado a la sede del órgano jurisdiccional, será suficiente que el perito recabe y obtenga de éste una credencial con cuya exhibición ante aquél a cuya disposición se encuentre el objeto o la persona que hayan de ser reconocidas, le facilite el acceso a los mismos. En todo caso, y al igual que cuando se trate de la prueba de reconocimiento judicial (art. 354, apdo. 1), podrá ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer por el perito.

b) Si el objeto del reconocimiento pericial es un objeto mueble que pueda trasladarse a la sede del órgano jurisdiccional para su reconocimiento por el perito, se requerirá a la persona en poder de la cual o a cuya disposición se encuentre para que lo ponga a disposición del Tribunal, advirtiéndole, al realizar este requerimiento, que se adoptarán las medidas necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento pericial, incluida la entrada en el lugar donde se halle el objeto que deba ser reconocido.

c) Si, no obstante estas actuaciones, finalmente no pudieran practicarse las operaciones periciales —v. gr., cambio de circunstancias; que la cosa o persona no pudiera ser habida, etc.— el órgano jurisdiccional, recurriendo a las reglas sobre facilidad probatoria (art. 217, apdo. 6), podrá declarar probados en la sentencia los hechos que se pretendían acreditar mediante la prueba pericial, siempre que el cambio de circunstancias del lugar, del inmueble o la desaparición o destrucción del bien mueble puedan atribuirse a la parte que tenía la disponibilidad de lo que debía ser objeto del reconocimiento pericial<sup>82</sup>.

**124.** En relación con los procesos de estado, las soluciones son parcialmente diferentes:

a) Respecto de los procesos de filiación, la negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas, aunque no entrañe *ficta confessio*, es considerada por la jurisprudencia como un indicio que, unido a las demás pruebas que se hayan practicado, permite declarar la pretendida paternidad o maternidad<sup>83</sup>;

b) En los procesos de incapacidad, el dictamen pericial médico acordado por el Tribunal y el examen personal del presunto incapaz por el Juez, constituyen diligencias insoslayables cuya falta impide dictar sentencia constitutiva del estado de incapacidad<sup>84</sup>.

### 3.6. Emisión del dictamen

**125.** El perito que hubiere designado el órgano jurisdiccional, luego de efectuar las operaciones precisas, y previo reconocimiento de lugares, objetos o personas cuando haya sido necesario, emitirá por escrito su dictamen, que hará llegar al Tribunal en el plazo que se le haya señalado (art. 346).

**126.** Aunque la LEC 1/2000 —al igual que la LEC de 1881— se abstiene de disciplinar el contenido tipo —mínimo o general— de los informes periciales, la doctrina científica ha propuesto que, al menos, ha de ser comprensivo de la descripción de lo que haya sido objeto del dictamen, la enumeración de las operaciones periciales realizadas, el resultado de las mismas y, por último, las conclusiones que se formulen, las cuales podrán ser o no categóricas, en función de la materia y clase de dictamen solicitado<sup>85</sup>.

**127.** Presentado el dictamen en el órgano jurisdiccional, el perito habrá de ratificar su autoría a presencia del Secretario Judicial (art. 289, apdo. 3), tras lo cual, el órgano jurisdiccional comunicará copias del dictamen a las partes, por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. Tanto si alguna de las partes lo solicita, cuanto si el Tribunal, *ex officio iudicis* lo considera necesario para comprender y valorar mejor el dictamen realizado, se acordará, mediante providencia, la presencia del perito en el juicio o en la vista (art. 346), pudiendo denegar la intervención de los peritos en estos actos únicamente cuando por su finalidad o contenido hayan de reputarse inútiles o impertinentes (art. 347, apdo. 1, párr. segundo).

### 3.7. Actuación de los peritos en el juicio o vista

**128.** Cuando el órgano jurisdiccional acuerde la presencia en el juicio o en la vista de los peritos que hayan elaborado dictámenes extrajudiciales aportados por las partes, o la de los peritos designados por él, se citará a los peritos al juicio o vista, con antelación suficiente, salvo que las partes se hayan comprometido a presentarlos (art. 429, apdo. 5). En el juicio verbal, las partes no están obligadas a indicar que no podrán presentar a la vista a los peritos, para que éstos sean citados, ya que la disposición del art. 440, apdo. 1, párr. tercero sólo se refiere a las personas que deban declarar en calidad de partes o testigos.

**129.** Realizada la citación, si al perito le resultare imposible asistir al juicio o a la vista en el día señalado, por causa de fuerza mayor u otro motivo de análoga entidad, lo deberá manifestar de inmediato al Tribunal, acreditando cumplidamente la causa o motivo del impedimento (art. 183, apdo. 4, párr. primero, en relación con el art. 183, apdo. 1).

Si el órgano jurisdiccional aceptase la excusa, decidirá, oídas las partes en el plazo común de tres días, si deja sin efecto el señalamiento del juicio o de la vista y efectúa uno nuevo, o si cita al perito para la práctica de la actuación probatoria fuera del acto del juicio o de la vista señalado (arts. 183, apdo. 4, párr. primero y 430) y, siempre que sea posible con anterioridad a dicho acto, ya que las pruebas que no hayan de practicarse en el acto del juicio se llevarán a cabo con anterioridad a éste (arts. 290 y 429, apdo. 4), con la misma intermediación y publicidad, pues el Tribunal

deberá presenciar siempre las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen, comportando la nulidad de actuaciones la infracción de la inmediación (art. 137).

Diversamente, cuando el órgano jurisdiccional no considere atendible o acreditada la excusa del perito, mantendrá el señalamiento del juicio o de la vista, y se lo notificará así al perito, requiriéndole para comparecer, bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad judicial (art. 183, apdo. 4, párr. segundo, en relación art. 292). Además, si al resolver sobre la excusa del perito apreciase que éste ha procedido con dilación injustificada o sin fundamento alguno, podrá imponerle multa de hasta cien mil pesetas, sin perjuicio de lo que proceda resolver sobre el nuevo señalamiento (art. 183, apdo. 5).

**130.** En consecuencia, salvo que los peritos se excusen de inmediato, por causa de fuerza mayor u otro motivo de análoga entidad, y la excusa les sea aceptada, tienen el deber de comparecer al juicio o vista al que sean citados. La infracción de este deber se sancionará, previa audiencia del perito por cinco días, con una multa de treinta mil a cien mil pesetas (art. 292, apdo. 1).

Además, con la imposición de la multa no queda el perito excusado de concurrir al juicio o a la vista, ya que el Tribunal, al tiempo de imponer la multa al perito, le requerirá, mediante providencia, para que comparezca cuando se le cite de nuevo, bajo apercibimiento de proceder por desobediencia a la autoridad (art. 292, apdo. 2).

En todo caso, cuando, sin mediar previa excusa, el perito no compareciese, el Tribunal, oyendo a las partes que hubiesen comparecido, decidirá, mediante providencia, si el juicio o la vista debe interrumpirse, por considerar imprescindible el interrogatorio de perito, o si, por el contrario, debe continuar (art. 292, apdo. 3, en relación con el art. 193, apdo. 1, núm. 3.º). En el caso de que decida la interrupción, si no puede reanudarse el juicio o vista dentro de los veinte días siguientes, se deberá proceder a la celebración de nuevo juicio o vista, haciéndose el oportuno señalamiento para la fecha más inmediata posible (art. 193, apdo. 3, párr. primero).

**131.** Comparecidos en el acto del juicio o de la vista, después del interrogatorio de las partes y del de los testigos, se pasará a las declaraciones de los peritos sobre sus dictámenes, o a la presentación de éstos, cuando excepcionalmente se hayan de presentar en este momento (art. 300).

Obsérvese, empero, que en los juicios verbales comunes, el acto de la vista será la oportunidad ordinaria para que el demandado presente los dictámenes emitidos por peritos designados a su instancia, ya que la contestación a la demanda tiene lugar en dicho momento. La excepción estará representada por los casos en que a aquél le haya resultado imposible pedirlos y obtenerlos con anterioridad, en los cuales, pese a la dicción de los arts. 336 a 338, mal podrá aportarlos «antes de la vista».

**132.** El Presidente del Tribunal colegiado, o el juez o magistrado del órgano unipersonal, al que corresponde normativamente la dirección del debate en los actos del juicio o de la vista, concederá la palabra a los letrados de las partes para el interrogatorio, y los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por los letrados de las partes, que el Tribunal admita (art. 347, apdo. 1, párr. primero). Recuérdese que, como se ha expresado —*vide supra*—, el Presidente, Juez o Magistrado del órgano de que se trate sólo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles (art. 347, apdo. 1, párr. segundo).

En especial, las partes y sus defensores podrán pedir (art. 347, apdo. 1, párr. tercero):

1.º La exposición completa del dictamen, cuando esa exposición requiera la realización de otras operaciones, complementarias del escrito aportado, mediante el empleo de documentos, materiales y otros elementos adecuados — a los que se refiere el art. 336, apdo. 2— para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia;

2.º La explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba<sup>86</sup>;

3.º Respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen;

4.º Respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos, en cualquier caso, de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación, así como del plazo necesario para llevarla a cabo;

5.º Crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria;

6.º Formulación de las tachas que pudieren afectar al perito.

El órgano jurisdiccional podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales (art. 347, apdo. 2, en relación con el art. 339, apdo. 5).

**133.** En el caso de que el Tribunal acordase la ampliación del dictamen por haberlo pedido alguna de las partes, y el perito solicitase un plazo para la ampliación, ante la imposibilidad de realizarla en el mismo acto, deberá interrumpirse el procedimiento, y de no poder reanudarse dentro de los veinte días siguientes, procederá la celebración de nuevo juicio o vista, haciéndose el oportuno señalamiento para la fecha más inmediata posible (art. 193, apdo. 3, párr. primero).

Como regla —a salvo los casos de imposibilidad—, el interrogatorio de los peritos, al igual que todo lo que se actúe en el juicio o en la vista, se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen (art. 147, párr. primero). La grabación se efectuará bajo la fe del secretario judicial, a quien corresponderá la custodia

de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiere efectuado (art. 147, párr. segundo). Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales (art. 147, párr. tercero).

El registro de lo actuado en un soporte apto para la reproducción del sonido y la imagen garantiza que el interrogatorio de los peritos, al igual que las demás pruebas, se practiquen siempre contradictoriamente en vista pública y con la inexcusable presencia judicial (art. 289). No obstante, recuérdese que la sanción de nulidad de pleno derecho que aparece el art. 137, apdo. 3 LEC 1/2000 a la infracción del deber de intermediación no es una novedad, ya que se encontraba contemplada asimismo en el art. 238 LOPJ.

En todo caso, con independencia del registro en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, el Secretario Judicial levantará acta en la que se limitará a consignar, junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el órgano jurisdiccional, así como las circunstancias e incidencias que no pudieren constar en el soporte empleado (art. 146, apdo. 2).

### 3.8. Actuación de los peritos en casos excepcionales

**134.** En el caso de que, excepcionalmente, el interrogatorio de los peritos no pudiera practicarse en el juicio o en la vista, en unidad de acto con las demás pruebas, el Tribunal señalará, mediante providencia, con al menos cinco días de antelación, el día y la hora en que haya de practicarse el interrogatorio del perito. Este interrogatorio se practicará, en todo caso, antes del juicio o de la vista (arts. 290 y 429, apdo. 4).

A este señalamiento, serán citadas las partes con antelación suficiente, que será de al menos cuarenta y ocho horas. Las partes y sus abogados tendrán en este señalamiento la misma intervención que la ley les autoriza en el juicio o vista (art. 291 LEC).

**135.** También será excepcional que el interrogatorio de los peritos se practique después del acto del juicio o la vista, como diligencia final. Las diligencias finales, que sustituyen a las diligencias para mejor proveer, además de practicarse, como regla, a instancia de parte, sólo se acordarán —acogiendo la doctrina jurisprudencial más reciente<sup>87</sup>—, conforme a las siguientes reglas (art. 435. 1 LEC):

a) No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del Tribunal a que se refiere el art. 429, apdo. 1, párr. segundo, es decir, incluidas las que hubieran podido proponerse en el caso de que el Tribunal hubiere puesto de manifiesto que las pruebas propuestas por las partes eran insuficientes;

b) Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas;

c) También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia —que, según el art. 286 LEC, permiten presentar escrito de ampliación de hechos—, siempre que no haya sido posible practicar la prueba pertinente y útil en el acto del juicio o de la vista;

d) Excepcionalmente, el Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos (art. 435, apdo. 2).

**136.** En cualquier caso, la circunstancia de acordarse la práctica de un apueba pericial como diligencia final no afecta al desarrollo de la prueba, la cual se sujetará a la forma ordinaria (art. 436, apdo. 1). La intervención de los peritos será, naturalmente, posterior al acto del juicio o de la vista, debiéndose señalar el día y hora en que deba verificarse con al menos cinco días de antelación (arts. 290, apdo. 1), permitiendo a las partes en la referida diligencia la misma intervención que la ley les autoriza en el juicio o vista (art. 291).

**137.** Como regla, la ratificación, aclaraciones y explicaciones de los peritos tendrá lugar en la sede del órgano jurisdiccional que se encuentre conociendo del asunto de que se trate, aunque el domicilio de los peritos se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente (art. 169, apdo. 4, párr. primero).

No obstante, cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales del perito o, cuando por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia del perito en la sede del Tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial (art. 169, apdo. 4, párr. segundo). En tal caso, las partes y sus abogados podrán intervenir en las actuaciones que se practiquen para el cumplimiento del exhorto (art. 174.1 LEC).

e) Los dictámenes especiales

1) La pericia colegiada

**138.** Si en el sistema de la LEC de 1881 los informes o dictámenes de Academias, Colegios o Corporaciones oficiales revestía carácter subsidiario del informe o dictamen de peritos individuales, al subordinarse, conforme a lo previsto en el art. 631, párrafo primero, a que el dictamen pericial exigiera operaciones o conocimientos científicos especiales, es decir, operaciones para las que ha de suponerse que un sujeto colectivo contará con más o mejores medios y posibilidades de llevarla a cabo y, acaso, de conocimientos superiores a los de los peritos individuales<sup>88</sup>. No era posible, además, solicitar dictamen a las entidades privadas dedicadas a actividades científicas, artísticas o técnicas, en el entendimiento de que los términos Academia, Colegio o Corporación oficial, excluían las entidades que no

fueran oficiales<sup>89</sup>.

A su vez, la peritación colegiada no discurría por el procedimiento habitual de la prueba de peritos. Si bien debía solicitarse al tiempo de proponer los demás medios de prueba, alegando la necesidad de acudir al perito colegiado por las operaciones que debieran efectuarse o en razón de los conocimientos especiales necesarios: a) No eran de aplicación al perito colegiado los distintos sistemas de nombramiento de los peritos individuales; b) La aceptación del cargo se entendía que era obligatoria, al considerarse un deber de las entidades oficiales la prestación de la colaboración que se les solicitase por los Tribunales; c) No era posible la prestación de juramento por parte de la entidad o institución, ni estaba previsto que lo prestaran las personas a las que la institución encargara la preparación del dictamen; d) Tampoco se preveía la posibilidad de que los litigantes intervinieran en la práctica de las posibles operaciones de reconocimiento pericial; e) No existía un trámite de emisión y ratificación del dictamen, en el que las partes pudieran solicitar las explicaciones oportunas, aunque nada impedía que las partes las pudieran solicitar por escrito, por conducto del órgano jurisdiccional<sup>90</sup>; y, f) Por último, el informe o dictamen se unía a los autos y producía sus efectos, según el art. 631, párr. segundo, aunque se diera o recibiera después de transcurrido el término de prueba.

Esta diferencia de régimen se subrayaba, asimismo, por la jurisprudencia<sup>91</sup>.

**139.** En el sistema de la LEC 1/2000, se pueden aportar por las partes dictámenes periciales elaborados por Academias e Instituciones culturales y científicas, o solicitar la designación judicial de estos peritos colegiados para que emitan su dictamen en el proceso, no siendo necesario que se trate de entidades oficiales, pues también pueden emitir estos dictámenes las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello (art. 340, apdo. 2).

Cuando los dictámenes de peritos colegiados hayan sido aportados por las partes al proceso, éstas habrán de manifestar al aportarlos, si desean que las personas individuales que los hayan preparado y firmado en nombre de la entidad comparezcan en el juicio o vista, 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 (arts. 337, apdo. 2 y 338, apdo. 2, párr. primero); y el órgano jurisdiccional, por su parte, podrá acordar, en todo caso, la presencia de aquellos expertos en el juicio o vista (art. 338, apdo. 2, párr. segundo).

En el caso de que se solicite la emisión de dictamen por una Academia, Institución cultural o científica, o por una persona jurídica legalmente habilitada para ello, a designación del órgano jurisdiccional, esta designación se subordina al método de acuerdo entre las partes (art. 339, apdo. 4), y a que el órgano judicial considere pertinente y útil el dictamen (arts. 339, apdos. 2, párrafo primero y 3); y, cuando la solicitud de designación sea consecuencia de las alegaciones y pretensiones complementarias permitidas en la audiencia previa del juicio ordinario, o en el trámite equivalente del juicio verbal, queda, además, condicionada a que las partes estén conformes, no sólo en la designación del perito colegiado, sino también en lo que deba ser objeto de pericia (art. 339, apdo. 3).

**140.** En defecto de acuerdo entre las partes no cabe la designación judicial de perito colegiado, ya que la exclusividad de los conocimientos de estos peritos y la inexistencia de listas en el juzgado impiden acudir al sistema de sorteo por lista corrida.

En su caso, designado el perito colegiado, aunque la LEC 1/2000 no lo diga explícitamente, deberá comunicársele el nombramiento y remitirle, por conducto del órgano jurisdiccional, los datos, documentos o cosas que deban ser examinados, señalándole con claridad y precisión lo que deba ser objeto de dictamen.

Recibida la comunicación del nombramiento, la institución a la que se encargue el dictamen expresará, a la mayor brevedad, qué personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se deberá citar en la sede del Tribunal para que manifiesten bajo juramento o promesa de decir verdad, que actuarán 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 conocen las sanciones penales en las que podrían incurrir si incumplieren sus deberes como peritos (art. 340, apdo. 3).

Después de emitirse el dictamen por escrito, el cual podrá contener tanto un solo parecer cuanto los diversos pareceres de las personas que lo hayan emitido, el perito colegiado lo hará llegar al Tribunal en el plazo que se le haya señalado. De dicho dictamen se dará traslado a las partes, por si consideran necesario que los peritos concurran al juicio o a la vista, a los efectos de que aporten las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El Tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la presencia de la persona o personas que hayan preparado el dictamen, y lo hayan firmado en nombre de la institución, en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado (art. 346). En estos actos, esas personas expertas tendrán la intervención solicitada por las partes que el Tribunal admita, siendo sometidas al interrogatorio de los defensores de las partes (art. 347).

**141.** A su vez, si el dictamen del perito colegiado se recibiera en el Tribunal después del juicio o vista, a diferencia de lo que ocurría con el informe del perito colegiado de la LEC de 1881 —donde se establecía que el dictamen debía unirse a los autos y producir sus efectos, aunque se diera o recibiera después de transcurrido el término de prueba—, no se le podrá atribuir eficacia probatoria, a menos que, en su caso, y concurriendo alguno de los supuestos legales, pueda acordarse su unión a los autos como diligencia final (arts. 435 y 436).

Obsérvese, además, que no se prevé ni que pueda tacharse a los peritos colegiados que hayan emitido dictámenes aportados por las partes, ni que pueda recusarse a los que los hayan emitido por designación del Tribunal. Configuradas las tachas y la recusación periciales pensando en los peritos individuales, el art. 343, después de esta-

blecer que no podrán ser recusados los peritos designados judicialmente, establece un sistema de tachas, que al igual que el de recusación es, en la mayoría de sus causas, inaplicable al perito colegiado. Aunque quienes elaboren los dictámenes serán personas individuales y plenamente identificadas, acaso se justifique la omisión normativa por entender que el dictamen es, en último término, obra del centro o institución como tal.

2) La pericia caligráfica

**142.** EL objeto de la prueba pericial caligráfica es, como en el sistema de la LEC de 1881, el cotejo de letras o verificación, por los signos externos, de la procedencia, autoría y autenticidad de una letra escrita, abstracción hecha de la autenticidad del contenido del documento al que aquéllas se encuentren incorporadas o de la declaración que expresen y del valor probatorio que quepa atribuir al mismo.

Es un medio de prueba instrumental de la prueba documental. Se practicará cuando la autenticidad de un documento privado se niegue o se ponga en duda por la parte a quien perjudique (art. 349, apdo. 1) y, asimismo, cuando se niegue o discuta la autenticidad de cualquier documento público que carezca de matriz y de copias fehacientes, según lo dispuesto en el art. 1221 del Código Civil, siempre que dicho documento no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese expedido, o por quien aparezca como fedatario interviniente (art. 349, apdo. 2, párr. primero)<sup>92</sup>.

**143.** El cotejo de letras se realizará, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 349, apdo. 3, por perito designado por el Tribunal. No cabrá, por tanto, la aportación al proceso de dictámenes periciales por peritos calígrafos designados por las partes.

Las condiciones específicas del perito que pueden emitir este específico dictamen no están determinadas en la LEC 1/2000, como tampoco lo estaban en la anterior. La jurisprudencia viene entendiendo que pueden ser designados peritos los técnicos del Cuerpo de Archiveros y Bibliotecarios y, en su defecto, profesores de enseñanza general básica<sup>93</sup>.

**144.** En el momento en que se aporte un documento, y, como regla, en el acto de la audiencia previa en el procedimiento ordinario o de la vista en el procedimiento verbal, cada parte habrá de pronunciarse sobre los documentos aportados por sus respectivos contrarios, manifestando si los admite o impugna o reconoce (art. 427, apdo. 1). En el caso de que alguna de las partes negara o discutiera la autenticidad de algún documento, la otra parte, además de cualquier medio de prueba idóneo a tal fin (art. 326, apdo. 2, párr. primero), puede solicitar la designación de perito por el órgano jurisdiccional para el cotejo de letras, señalando el documento o documentos indubitados con que deba hacerse (art. 350, apdo. 1).

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 350, apdo. 2, se considerarán indubitados a los efectos del cotejo de letras:

- 1.º Los documentos que reconozcan como tales todas las partes a las que pueda afectar esta prueba pericial;
- 2.º Las escrituras públicas y los que consten en los archivos públicos relativos al Documento Nacional de Identidad;
- 3.º Los documentos privados, cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa;
- 4.º El escrito impugnado, en la parte que reconozca la letra como suya aquel a quien perjudique.

**145.** A falta de los documentos enumerados, la parte que solicite la designación de perito para el cotejo pedirá al Tribunal que requiera a la parte a la que se atribuya el documento impugnado, o la firma que lo autorice, para que forme un cuerpo de escritura que le dictará el titular del órgano jurisdiccional o el Secretario Judicial (art. 350, apdo. 3, párr. primero). A este último, se le autoriza expresamente para que se lleven a cabo a su presencia la formación de los cuerpos de escritura (art. 289, apdo. 3)<sup>94</sup>.

**146.** En la resolución del Juez o Tribunal acerca de esta solicitud —que ha de revestir la forma de auto—, se habrá de tener en consideración la pertinencia y utilidad del dictamen pericial, por haberse negado o puesto en duda la autenticidad de un documento privado o de un documento público que carezca de matriz y de copias fehacientes, que no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese expedido o por quien aparezca como fedatario interviniente (art. 349, apdos. 1 y 2).

Contra este auto cabrá recurso de reposición, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta, al efecto de hacer valer su derecho en la segunda instancia (art. 285, apdo. 2).

**147.** Si sólo solicitare la designación de perito una de las partes —la contraria de aquella que niegue o ponga en duda la autenticidad del documento—, no será posible designarlo de común acuerdo (art. 339). En todo caso, y aun cuando todas las partes impugnasen los documentos aportados por sus respectivos contrarios, el art. 349 reenvía exclusivamente al art. 341, lo que implica que la designación del perito calígrafo se realizará acudiendo al sistema de sorteo o lista.

**148.** Designado el perito, se le comunicará el nombramiento para que acepte el cargo (art. 342), y para que, previas las operaciones que sean precisas, en las que no se prevé la intervención de las partes —obsérvese que el art. 351, apdo. 2 no remite al art. 345— emita por escrito su dictamen, haciéndolo llegar al Tribunal en el plazo que se le haya señalado (art. 346).

En el dictamen, el perito consignará por escrito las operaciones de comprobación que hubiera llevado a cabo y sus resultados (art. 351, apdo. 1).

El dictamen se comunicará a las partes, por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista, a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas (art. 346).

A su vez, también el órgano jurisdiccional podrá acordar, mediante providencia, cuando lo considere necesario, la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado (art. 346), en cuyo caso el perito calígrafo tendrá en la referida audiencia la intervención que el Tribunal admita, de la solicitada por las partes (art. 347).

**149.** Cuando del cotejo de letras o comprobación se desprendiere la autenticidad del documento, las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación serán exclusivamente de cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Además si, a juicio del Tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle una multa de veinte mil a cien mil pesetas (art. 326, apdo. 2, párr. segundo, en relación art. 320, apdo. 3).

3) El testigo-perito

**150.** Del mismo modo que algunos Ordenamientos de nuestro entorno próximo —v. gr., §. 414 ZPO alemana—, la LEC 1/2000 ha incorporado la figura del testigo-perito, denominación predicable de la persona que interviene en el proceso emitiendo declaraciones sobre hechos que ha podido conocer en razón de sus conocimientos especializados<sup>95</sup>.

**151.** El art. 370., apdo. 4, párr. primero de la LEC 1/2000, al ocuparse del interrogatorio de los testigos en el acto del juicio o vista, establece 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 especializados, agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos.

En la declaración del testigo-perito se puede diferenciar, por una parte, su declaración sobre los hechos —representación histórica o declaración propiamente testifical—; y, por otra, sus manifestaciones o pareceres sobre aspectos técnicos, artísticos o prácticos en torno a los hechos declarados —opinión pericial o dictamen pericial—.

En atención a esta doble condición de testigo y de perito, establece la LEC 1/2000 que el testigo-perito puede ser tachado tanto si incurre en las tachas de los testigos, como si le alcanzan las previstas para los peritos, siempre, claro está, que el Tribunal le haya admitido manifestaciones en virtud de sus conocimientos especializados (art. 370, apdo. 4, párr. segundo).

**152.** En esta especie ha de encuadrarse, como regla, a los profesionales de la investigación privada.

La aportación de informes de detectives privados, y su posterior ratificación por los mismos, en toda clase de procesos, se ha venido convirtiendo en habitual en la práctica forense, y progresivamente se ha ido admitiendo por nuestra jurisprudencia, pese a carecer de tratamiento normativo en nuestras leyes procesales. Así, calificados como testigos «provocados» por las partes a cuya instancia informan<sup>96</sup>; o como testigos «cualificados», ya que apoyan su testimonio en los informes que han elaborado y, con frecuencia, en imágenes y sonidos que han grabado<sup>97</sup>, pero la propia jurisprudencia no ha dejado de reconocer que se trate de testigos que tienen, en favor de su veracidad, la garantía de la profesionalidad exigible y, en principio, presumible en una profesión legalmente reglamentada<sup>98</sup>.

**153.** Cuando se hubiesen aportado junto con las alegaciones (art. 265, apdo. 1, núm. 5.º), o en otro momento posterior, con anterioridad al juicio o vista (art. 271 LEC), informes elaborados por profesionales de la investigación privada, legalmente habilitados, sobre hechos, y estos informes no hubiesen sido reconocidos como ciertos por todas las partes a quienes pudieren perjudicar, se interrogará como testigos a los autores de los informes, en la forma prevenida en esta Ley para el interrogatorio de los testigos, pero con las siguientes reglas especiales, según el art. 380, apdo. 1:

a) No procederá la tacha del testigo por razón de interés en el asunto, cuando el informe hubiese sido elaborado por encargo de una de las partes;

b) El autor del informe, una vez acreditada su habilitación profesional, habrá de reconocerlo y ratificarse en su contenido, antes de que se le formulen las preguntas pertinentes;

c) El interrogatorio se limitará a los hechos consignados en los informes.

**154.** El art. 380, apdo. 2 dispone que si los informes contuvieren también valoraciones fundadas en conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de sus autores, se estará a lo dispuesto en el art. 370, apdo. 4 sobre el testigo-perito (art. 370, apdo. 2). A criterio de la doctrina más autorizada esto comporta que los profesionales de la investigación privada recibirán, por lo común, el tratamiento de testigos-peritos, «pues no cabe desconocer que la labor que desempeñan precisa de prácticas y habilidades no comunes en todas las personas, lo que justificará que hagan valoraciones en torno a los hechos sobre los que informen y declaren, y que sean interrogados en torno a estas valoraciones»<sup>99</sup>.

e) Valoración de los dictámenes periciales

**155.** El hecho de que a través de los dictámenes periciales se suministren al órgano jurisdiccional, aplicados o en abstracto, los conocimientos o máximas de experiencia especializadas en una ciencia, arte, técnica o práctica, necesarias para la más perfecta determinación o evaluación de los hechos controvertidos, no comporta que aquél se encuentre vinculado indefectiblemente al contenido del informe o informes emitidos<sup>100</sup>.

**156.** El art. 348 LEC 1/2000 —y por remisión a éste, el art. 351, apdo. 2— incorpora, en lo sustancial, la norma contenida en el art. 632 LEC de 1881, y con ella, el criterio constante de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supre-

mo, de que la prueba pericial ha de apreciarse según las reglas de la sana crítica<sup>101</sup>.

Empero, y aunque no falten pronunciamientos en los que resulta advertible una cierta confusión conceptual, la sumisión a las reglas de la sana crítica no equivale mecánicamente a valoración «libre», al menos entendida esta expresión en el sentido de que se confiera a los juzgadores un ámbito de valoración completamente exento de cualquier límite, o que la apreciación de sus resultados se confíe al más irrestricto arbitrio de aquéllos. Ciertamente, una cosa es que la prueba pericial no encuentre en la Ley criterios positivos precisos rectores del cometido valorativo —esto es, no es una prueba «tasada»—, y otra, bien distinta, que en contravención a las más elementales reglas de la lógica, pueda desconocer o apartarse de este medio de prueba sin expresar las razones de la separación o del rechazo y que éstas no sean absurdas, o que violenten o infrinjan el buen sentido o la lógica de lo razonable, pues en tal caso su proceder puede censurarse a través de los recursos<sup>102</sup>.

**157.** Los Jueces y Tribunales deben, en primer término, relacionar todas las pruebas propuestas y practicadas entre los antecedentes de hecho de la sentencia (art. 209, 2.ª); y en los fundamentos de derecho ofrecer las razones legales del fallo, explicitando los razonamientos fácticos y jurídicos en que asienten la valoración y apreciación de esas pruebas (art. 218, apdo. 2).

En consecuencia, se incurre en defecto de motivación cuando:

a) se omite cualquier referencia a un informe pericial emitido en el proceso:

«...también hemos de constatar, con evidente y lamentable extrañeza, que, en efecto, la sentencia recurrida no ya no valora, sino que ni siquiera hace la más mínima referencia a la prueba pericial practicada con relación a los Libros de Contabilidad de la entidad mercantil «M. Y., S.A.», respecto de los cuales el auditor de cuentas D. Andrés R. M., que intervino en dicha prueba a propuesta del actor, manifiesta que el Libro Diario de dicha entidad mercantil consta de 200 folios, de los cuales se han usado 119, siendo el último apunte de 31 de Marzo de 1990, así como aparecen contabilizados, en cuentas auxiliares y balances, en los años 1987 y 1988, y en cuentas auxiliares del año 1989, los devengos correspondientes a los «royalties» por el uso por «M. Y., S.A.» de la marca cedida a dicha entidad mercantil por D. José Luis R. S. (folios 390 de los autos). La expresada prueba pericial en relación con los aludidos libros de comercio, que la sentencia recurrida ha ignorado en absoluto, evidencia claramente, en una valoración de la misma según las reglas de la sana crítica (que la sentencia recurrida, repetimos, debió hacer y no hizo), que la entidad mercantil «M. Y., S.A.» ha continuado desarrollando la actividad comercial, de bar y cervecería, en los locales arrendados...»<sup>103</sup>;

b) cuando se no se expresan las razones que conducen al rechazo de los datos, conceptos o conclusiones contenidas en los informes periciales:

«... La jurisprudencia de esta Sala es reiterada y unánime en orden a la apreciación y valoración de la prueba de peritos en el ámbito casacional, teniendo declarado: que tal prueba no puede confundirse con la documental, [...] 1692.4.º de la Ley procesal; que debe ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse a un dictamen determinado; que las indicadas reglas no están previstas en ninguna norma valorativa de prueba, equivaliendo este reconocimiento, salvo casos extraordinarios, a declarar la libre valoración de este medio probatorio; [...] no permitiéndose una impugnación abierta y libre de la actividad apreciativa de la pericia, a menos que el proceso deductivo realizado choque de una manera evidente y manifiesta con el raciocinio humano, vulnerando la sana crítica, u omitiendo un dato o concepto que figure en el dictamen, estableciendo con ello aspectos fácticos distintos de los que realmente se han querido llevar a los autos [...] encontrándonos, por tanto en el caso de la omisión en el proceso valorativo de unos datos fácticos o conceptos apreciativos, que figuran en los dictámenes y en los autos, que conducen a conclusiones distintas de las reconocidas por el Tribunal «a quo»...»<sup>104</sup>; y,

c) cuando el proceso valorativo incida en arbitrariedad, incoherencia, o conduzca al absurdo:

«... La doctrina de esa Sala proclama que la prueba pericial ha de ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica —que no constan en precepto alguno—, sin estar obligado al dictamen emitido, lo que le atribuye decidida libertad interpretativa, que sólo cabe impugnar en casación, por error de derecho, cuando el proceso deductivo realizado por el Tribunal de instancia afrente en forma bien evidenciada a un razonar humano consecuente, se conculquen las más elementales directrices de la lógica y también si se contradice la realidad acreditada de la disposición material de las cosas (SS. de 15 de julio de 1991 y 3 de abril y 17 de mayo de 1995, entre otras muy numerosas)...»<sup>105</sup>.

#### **D) Reconocimiento judicial**

a) *Objeto*

**158.** La singularidad de la prueba de reconocimiento radica en que la acreditación o apreciación del hecho controvertido se obtiene mediante el examen directo por el órgano jurisdiccional de algún lugar, objeto y también ahora, expresamente, de alguna persona (art. 353, apdo. 1).

En apariencia, y toda vez que el principio de inmediación impone la presencia judicial en cualesquiera medios de prueba (art. 289, apdo. 2), incluidos los documentos, los informes y dictámenes que se presenten por escrito, y los demás medios e instrumentos (art. 289, apdo. 3)<sup>106</sup>, puede pensarse que nada hay de diferente en este medio de prueba y los restantes.

La particularidad del reconocimiento deriva de que lo apreciado por el Juez es la materialidad o exterioridad misma del bien, mueble o inmueble, objeto del examen, o ciertas características manifiestas de un sujeto.

**159.** Aun cuando el órgano jurisdiccional fija, en último término, no sólo el día y hora en que vaya a practicarse, sino también la extensión y alcance del reconocimiento, el solicitante «habrá de expresar los extremos principales a que quiere que éste se refiera e indicará si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia», y la otra u otras partes podrán asimismo, antes de la realización del reconocimiento, hacer idéntica solicitud y proponer otros extremos que le interesen (art. 353).

Para la efectividad del reconocimiento de objetos o lugares, el Juzgado o Tribunal podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer.

Las partes, sus Procuradores y Abogados podrán concurrir al reconocimiento judicial y hacer al Tribunal, de palabra, las observaciones que estimen oportunas. Si, de oficio o a instancia de parte, el Tribunal considerase conveniente oír las observaciones o declaraciones de las personas técnicas o prácticas en la materia, les recibirá previamente juramento o promesa de decir verdad.

**160.** Con cierta visión desenfocada, se contrae el reconocimiento judicial de personas a un «interrogatorio» a realizar por el Juzgado o Tribunal, en función de las circunstancias y necesidades de cada caso concreto, y siempre con plena garantía del «respeto a la dignidad e intimidad de la persona» (art. 355).

Ciertamente, este es el modo ordinario y más idóneo de practicar la prueba de reconocimiento cuando recae sobre presuntos incapaces (art. 759), en cuanto su examen se orienta a determinar sus aptitudes psíquicas. Pero de aquí no debe seguirse ineluctablemente que sea el único modo de llevar a cabo la prueba. Piénsese, v. gr., en que lo controvertido sea, precisamente, la presencia o ausencia de ciertos atributos, signos o padecimientos somáticos, en los que un «interrogatorio» carece de utilidad.

En dicho interrogatorio, que cuando las circunstancias lo aconsejen puede practicarse a puerta cerrada o fuera de la sede del órgano jurisdiccional, también podrán intervenir las partes siempre que el Tribunal no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia.

#### b) Procedimiento

**161.** La práctica de la prueba de reconocimiento podrá simultanearse con la prueba pericial siempre que el órgano jurisdiccional lo considere conveniente, de oficio o a instancia de parte (art. 356); y sólo a instancia de parte, y a su costa, con la prueba de testigos o el interrogatorio de las partes «cuando la vista del lugar o de las cosas o personas pueda contribuir a la claridad» de la declaración (art. 357).

Del reconocimiento judicial practicado se levantará por el Secretario Judicial acta detallada, consignándose en ella con claridad las percepciones y apreciaciones del órgano judicial; en su caso, las observaciones hechas por las partes y por las personas técnicas o prácticas que hubieren concurrido al acto y el resultado de las demás diligencias de prueba que se hubieran practicado en el mismo acto del reconocimiento judicial (art. 358). Sin perjuicio de la extensión del acta, se utilizarán medios de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos semejantes para dejar constancia de lo que sea objeto de reconocimiento judicial y de las manifestaciones de quienes intervengan en él, pero no se omitirá la confección del acta y se consignará en ella cuanto sea necesario para la identificación de las grabaciones, reproducciones o exámenes llevados a cabo, que habrán de conservarse por el Tribunal de modo que no sufran alteraciones. Cuando sea posible la copia, con garantías de autenticidad, de lo grabado o reproducido por los antedichos medios o instrumentos, la parte a quien interese, a su costa, podrá pedirla y obtenerla del Tribunal (art. 359).

### E) Prueba de testigos

**162.** La prueba testifical mantiene, en lo sustancial, sus antiguos perfiles. A través de ella se pretende verificar la certeza de las afirmaciones sobre hechos vertidas en el período alegatorio a través de la declaración de terceros «que tengan noticia» inmediata o mediata —v. gr., *de auditu*— de los mismos (art. 360).

#### a) Sujetos

**163.** Se mantiene, pues, el carácter de prueba personal por tercero, pero su aptitud para declarar pasa a regirse unitariamente por la LEC 1/2000, desapareciendo la disciplina dual de inhabilidades por causas jurídicas —no así las naturales—, regulada en los arts. 1.245 a 1.247 del Código Civil, y de tachas, contemplada en el art. 660 LEC de 1881. Ello no supone, sin embargo, que desaparezca de nuestro ordenamiento que la diferenciación entre causas que imposibilitan la declaración y las sospechas de parcialidad en ciertos sujetos.

En principio, la LEC 1/2000 autoriza a declarar como testigo a «todas las personas», incluidos los menores de catorce años, si —y sólo si— «a juicio del Tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente» (art. 361, párr. segundo). A su vez, la incapacidad natural se contrae ahora a las personas que «se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos» (art. 361, párr. primero).

Cabe sostener razonablemente la aptitud para declarar de cualesquiera personas que, no obstante hallarse «privadas de razón», no lo estén «permanentemente» —v. gr., períodos de lucidez— respecto de las percepciones producidas en lapsos temporales de consciencia. Y lo mismo es predicable de quienes padezcan meras restricciones de sus

facultades sensoriales que no comporten su completa inexistencia o ablación. En estos casos, la declaración no puede ser rechazada *ad limine*, con independencia de la valoración que, en definitiva, quepa hacer de sus manifestaciones por razón de «las circunstancias que en ellos concurran» (art. 376).

Por otra parte, tampoco constituye motivo de inhabilidad la circunstancia de que el testigo «por su estado o profesión...», tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue». Antes bien, impone al testigo convocado que ofrezca justificación de su afirmación y confía al órgano jurisdiccional la decisión, mediante providencia, de «lo que proceda en Derecho», haciendo constar en el acta, en su caso, que el testigo queda liberado de responder (art. 371, apdo. 1).

Análogamente, la mera alegación por el testigo de «que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto» tampoco comporta mecánica y acriticamente su dispensa, sino que atribuye al órgano judicial la facultad, cuando «lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia» de acordar —mediante providencia—, de requerir al órgano competente la aportación del documento oficial que acredite el carácter reservado o secreto de la materia concernida para su unión a las actuaciones (art. 371, párr. segundo).

**164.** Al objeto de determinar el crédito que hayan de merecer las declaraciones, se mantiene el interrogatorio inicial sobre su eventual vinculación con las partes o con la «*res de qua agitur*», que la LEC 1/2000 continúa denominando «preguntas generales» (art. 367):

«El Tribunal preguntará inicialmente a cada testigo, en todo caso: 1.º Por su nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio. 2.º Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad, y en qué grado, de alguno de los litigantes, sus Abogados o Procuradores o se halla ligado a éstos por vínculos de adopción, tutela o análogos. 3.º Si es o ha sido dependiente o está o ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto o de su Procurador o Abogado o ha tenido o tiene con ellos alguna relación susceptible de provocar intereses comunes o contrapuestos. 4.º Si tiene interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante. 5.º Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes o de sus Procuradores o Abogados. 6.º Si ha sido condenado alguna vez por falso testimonio».

A diferencia de lo que se entendía comúnmente bajo la regulación de la LEC de 1881, sobre no ser admisible que las partes formularan preguntas concretas u observaciones en el acto de la práctica de la prueba sobre la respuesta ofrecida por el testigo a las «generales», se autoriza ahora explícitamente que las partes puedan «...manifestar al Tribunal la existencia de circunstancias relativas a su imparcialidad», facultando al órgano judicial —«podrá...»; ¿Y si no quiere hacer uso de esta facultad?— para que interrogue al testigo sobre esas circunstancias, haciendo «que preguntas y respuestas se consignen en acta para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia» (art. 367, apdo. 2).

**165.** Para coadyuvar a la veracidad del testimonio conserva la Ley la necesidad de que con precedencia a la declaración se exija al testigo mayor de edad penal «juramento o promesa de decir verdad, con la conminación de las penas establecidas para el delito de falso testimonio en causa civil, de las que le instruirá el Tribunal si manifestare ignorarlas» (art. 365).

**166.** La Ley mantiene y aún incrementa la relativa limitación del número de testigos, no en cuanto a la proposición, por cuanto las partes conservan intacta la facultad de «proponer cuantos testigos estimen conveniente», pero reduce a tres el número máximo «por hecho discutido» a partir del cual impone «los gastos... en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado» (art. 363, párr. primero).

Aunque las partes deban adelantar los gastos derivados de la asistencia a juicio de los testigos convocados a su instancia se trata de conceptos repercutibles sobre el litigante vencido a través de la correspondiente tasación de costas. Excepcionalmente, al imponerse exclusivamente a la parte la atención de «...los gastos de los que excedan de tres...» éstos no podrán trasladarse, caso de no ser el mismo, al litigante condenado al pago de las costas.

A su vez, positiviza una práctica forense generalizada bajo la vigencia de la LEC de 1881 al prevenir que «cuando el Tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado» (art. 363, párr. segundo).

**167.** Como novedad, se contempla explícitamente la eventualidad de que el testigo «posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio». En tales hipótesis, se dispone que «el Tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos» y autoriza a las partes a que formulen al órgano judicial observaciones a propósito de la posible concurrencia en el testigo de cualquiera de las circunstancias objeto de tacha en relación con los peritos (art. 370, apdo. 4).

**168.** Asimismo, podrán ser llamados como testigos los autores de los informes técnicos aportados junto con la demanda o la contestación, si los hechos a que tales informes se refieran no fueren reconocidos de contrario. Para tal eventualidad se prevén ciertas especialidades (art. 380): «1.ª No procederá la tacha del testigo por razón de interés en el asunto, cuando el informe hubiese sido elaborado por encargo de una de las partes. 2.ª El autor del informe, una vez acreditada su habilitación profesional, habrá de reconocerlo y ratificarse en su contenido, antes de que se le formulen las preguntas pertinentes. 3.ª El interrogatorio se limitará a los hechos consignados en los informes».

Cuando los informes contuvieran valoraciones fundadas en conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de sus autores, se observará la disciplina relativa a los testigos-peritos en el art. 370, apdo. 4: «4. 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. En cuanto a dichas manifestaciones, las partes podrán hacer notar al Tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha relacionadas en el artículo 343...».

*b) Tachas de los testigos*

**169.** Cualquiera que sea la respuesta que ofrezcan los testigos a las preguntas «generales», y aún a las precisiones que a través del órgano jurisdiccional le requieran las partes, no se excluye *sic et simpliciter* el deber de declarar ni la virtualidad del testimonio, abstracción de la valoración que del mismo efectúe el órgano judicial en la resolución definitiva.

Ello no obsta a la facultad que asiste a las partes para tachar al testigo en quienes concurra alguna circunstancia de la que puedan seguirse dudas acerca de su eventual falta de imparcialidad y que la Ley concreta en: «...1.º Ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado o de su Abogado o Procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo. 2.º Ser el testigo, al prestar declaración, dependiente del que lo hubiere propuesto o de su Procurador o Abogado o estar a su servicio o hallarse ligado con alguno de ellos por cualquier relación de sociedad o intereses. 3.º Tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate. 4.º Ser amigo íntimo o enemigo de una de las partes o de su Abogado o Procurador. 5.º Haber sido el testigo condenado por falso testimonio...» (art. 377).

Las novedades en este aspecto conciernen: a) de un lado, a que también se confiere la posibilidad de tachar a la propia parte proponente del testigo cuando «con posterioridad a la proposición llegare a su conocimiento la existencia de alguna de las causas de tacha» (art. 377, apdo. 2); b) de otro, al momento de su formulación: en lugar de relegarse a un momento ulterior a su declaración, se previene ahora que «las tachas se habrán de formular desde el momento en que se admita la prueba testifical hasta que comience el juicio o la vista, sin perjuicio de la obligación que tienen los testigos de reconocer cualquier causa de tacha al ser interrogados por las preguntas «generales», sin que ello impida radicalmente su declaración (art. 378).

Como quiera que, salvo los casos excepcionales en que alguna causa lo impida, las pruebas han de practicarse en el acto del juicio o vista (art. 290), esta disposición comporta que las tachas han de articularse con precedencia a la declaración del testigo concernido por ellas.

Parece, pues, que subyace a esta norma la consideración, no exenta de cierta ingenuidad, de que con los datos de identificación que necesariamente ha de proporcionar el solicitante de este medio de prueba al designar los testigos de que pretenda valerse —«identidad, con indicación, en cuanto sea posible, del nombre y apellidos de cada uno, su profesión y su domicilio o residencia»; en defecto de las anteriores, «...expresando el cargo que ostentare o cualesquiera otras circunstancias de identificación, así como el lugar en que pueda ser citado» (art. 361)— resulta suficiente para que los otros litigantes vengan en conocimiento de los singulares vínculos o relaciones susceptibles de hacer, cuando menos, cuestionable la declaración de aquéllos.

Al tiempo de proponerse las tachas puede proponerse «la prueba conducente a justificarlas», autorizándose cualquier medio conducente salvedad hecha, expresamente, de la prueba testifical (art. 379, apdo. 1), lo que asimismo le separa del régimen de la LEC de 1881.

Dentro de los tres días siguientes al en que se formule la tacha las demás partes pueden, o bien permanecer pasivos, caso en el que «se entenderá que reconocen el fundamento de la tacha», u oponerse alegando lo que estimen conveniente. En este caso, se introduce una limitación probatoria al admitirse únicamente la aportación de documentos.

La incidencia concluye sin más trámites —no se precisa ninguna resolución específica— sin perjuicio de que el órgano judicial pondere el resultado de la tacha y su eventual acreditación al tiempo de valorar el testimonio, esto es, en la sentencia. No obstante, y por expresa remisión a lo dispuesto al art. 344, apdo. 2, podrá el órgano jurisdiccional formular, en su caso —mediante providencia—, la declaración de falta de fundamento de la tacha, y si apreciase temeridad o deslealtad procesal en la tacha, a causa de su motivación o del tiempo en que se formulara, podrá imponer a la parte responsable, previa audiencia del mismo, una multa de diez mil a cien mil pesetas.

*c) Objeto del interrogatorio*

**170.** La Ley requiere que los sujetos convocados como testigos «tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio». Pero ni formalmente se impone a la parte peticionaria de este medio probatorio que afirme ese conocimiento ni establece medio alguno por el que *a priori* pueda constatarse este requisito. Tampoco establece la Ley diferenciación alguna acerca de cual pueda ser la razón de ciencia del testigo, *id est*, si la «noticia» la ha adquirido por percepción propia, o, en cambio, por referencias de otros. Estas circunstancias tendrán incidencia, en su caso, al tiempo de la valoración del testimonio.

*d) Procedimiento*

*1') Lugar*

**171.** Como regla, la declaración tendrá lugar en la sede del órgano jurisdiccional (art. 169). No obstante, y de

modo análogo a lo establecido en relación con las partes, se prevé la posibilidad de que el testigo declare en su domicilio, incluso mediante solicitud de cooperación judicial si radicase en lugar distinto al en que tenga su sede el órgano judicial, cuando por razón de enfermedad, distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales u otras causas de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia (art. 364, apdo. 1).

En principio, a la declaración que haya de recibirse en estas condiciones se autoriza la asistencia de las partes y sus Abogados, y, si no pudieren comparecer, a presentar interrogatorio escrito previo. Si por las circunstancias concurrentes el órgano jurisdiccional considerase prudente no permitir la asistencia de las partes y de sus Abogados al acto de la declaración domiciliaria, se les comunicarán *a posteriori* las respuestas obtenidas al objeto de que «puedan solicitar, dentro del tercer día, que se formulen al testigo nuevas preguntas complementarias o que se le pidan las aclaraciones oportunas» (art. 364, apdo. 2).

**172.** Excepcionalmente, el art. 381 prevé la declaración por escrito de personas jurídicas y entidades públicas en cuanto tales, sobre hechos relevantes para el proceso de los que tengan noticia por razón de su actividad, sin que quepa o sea necesario individualizar en personas físicas determinadas el conocimiento de lo que para el proceso interesa. La declaración en esta forma podrá solicitarse por la parte a quien convenga y habrá de practicarse «en los diez días anteriores al juicio o a la vista».

Al proponerse la prueba se expresarán con precisión los extremos sobre los que ha de versar la declaración o informe escrito, pudiendo las demás partes alegar lo que consideren conveniente y, en su caso, adicionar otros extremos, rectificar o complementar los que hubiere interesado el proponente. El Juzgado o Tribunal, oídas las partes, en su caso, resolverá sobre la pertinencia y utilidad de la propuesta, determinando precisamente, en su caso, los términos de la cuestión o cuestiones que hayan de ser objeto de la declaración de la persona jurídica o entidad y requiriéndola para que la preste y remita al Tribunal en el tiempo establecido, bajo apercibimiento de multa de 25.000 a 100.000 pesetas y de proceder, contra quien resultare personalmente responsable de la omisión, por desobediencia a la autoridad. La práctica de esta prueba no suspenderá el curso del procedimiento, salvo que el Juez lo estime necesario para impedir la indefensión de una o las dos partes.

Las respuestas recibidas se comunicarán a las partes, quienes en vista de las mismas podrán solicitar del órgano judicial y éste acordar de oficio la citación al juicio o vista, de la persona o personas físicas cuyo testimonio pueda resultar pertinente y útil para aclarar o completar la declaración escrita de la persona jurídica o entidad, si fuere oscura o incompleta. También podrá admitir, a instancia de parte, cualquier prueba pertinente y útil para contradecir tal declaración.

Como salvedad a la excepción, se privilegia a las entidades públicas dispensándoles incluso de la declaración por escrito cuando «...pudieran obtenerse de aquéllas certificaciones o testimonios, susceptibles de aportarse como prueba documental».

**173.** A pesar de la dicción literal de la norma, que formalmente contempla tanto el procedimiento ordinario como el verbal, como se desprende de la referencia al «juicio o vista», resulta altamente llamativa —y paradójica— la preterición material del juicio verbal. Mal podrá la parte demandada, cuya contestación se produce en el propio acto de la vista, alegar dentro de los diez días anteriores efectuar alegaciones, pedir la adición, rectificación o complemento de los extremos interesados por el proponente. O, ¿es que en este procedimiento sólo se autoriza la aclaración o complemento *ex post*?

#### 2') Forma

**174.** De acuerdo con lo previsto en el art. 366 «los testigos declararán separada y sucesivamente, por el orden en que vinieran consignados en las propuestas, salvo que el Tribunal encuentre motivo para alterarlo. Asimismo se velará porque los testigos no se comuniquen entre sí ni asistan a las declaraciones de otros, adoptando las medidas que sean necesarias.

Los testigos responderán por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas, a menos que la pregunta se refiera a cuentas, libros o documentos, caso en el cual se permitirá que los consulte antes de responder, y habrá de expresar la razón de ciencia de lo que diga en cada una de las respuestas (art. 370, apdos. 2 y 3).

#### 3') Actividad

**175.** Una vez respondidas las preguntas «generales», comenzará el interrogatorio examinando al testigo la parte que le hubiera propuesto, y de haberle propuesto más de una parte, el demandante (art. 370, apdo. 1). Las preguntas se formularán oralmente —salvo los casos expresamente exceptuados—, en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión y sin incluir valoraciones ni calificaciones, las cuales, en otro caso, se tendrán por no realizadas.

El órgano judicial calificará la pertinencia de las preguntas a medida que se formulen «admitiendo las que puedan resultar conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos, que guarden relación con el objeto del juicio», y repeliendo «las preguntas que no se refieran a los conocimientos propios de un testigo» (art. 368, apdo. 2).

Como hemos adelantado, la norma no se propone excluir las preguntas relativas a hechos que el testigo no haya percibido por sí —testigos de referencia—, sino únicamente las que, por sus características o por los hechos a que se refieran, sean objeto apropiado de otros medios de prueba.

Sin perjuicio de las facultades que asisten al órgano judicial, las otras partes distintas de quien se encuentre interrogando al testigo podrán impugnar la admisión de las preguntas que estimen improcedentes y que, a su juicio, debieran tenerse por no realizadas, así como hacer notar al Juzgado o Tribunal las valoraciones y calificaciones que incluyan (art. 369). La Ley reconoce a la parte que se muestre disconforme con la inadmisión de preguntas, la posibilidad de manifestar su contrariedad y pedir que conste en acta su protesta. Pero, *¿quid iuris* de la admisión considerada indebida no obstante las observaciones formuladas? ¿Asiste a la parte la misma facultad?

**176.** Finalizado el interrogatorio de la parte proponente del testigo, las demás partes y el propio titular del órgano podrán dirigirle nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. El Tribunal deberá repeler las preguntas que sean impertinentes o inútiles. En caso de inadmisión de estas preguntas, la parte desfavorecida podrá interesar que conste en acta su protesta. Pero, *¿quid iuris* de la admisión que la parte proponente reputa censurable? ¿Por qué no se le reconoce el mismo derecho?

La declaración se documentará en la forma ordinaria (art. 374).

**177.** Como novedad, el art. 373 contempla el «careo entre testigos» y entre testigos y las partes, que podrá acordar el Juzgado o Tribunal, de oficio o a instancia de parte deducida al término del interrogatorio, cuando se adviertan «graves contradicciones» entre las declaraciones respectivas, previniéndose que «en este caso, se advertirá al testigo que no se ausente para que dichas actuaciones puedan practicarse a continuación».

Repárese que esta previsión normativa incurrir en cierto exceso de simplicidad. Presupuesto del «careo» es la existencia de una «grave contradicción» entre las declaraciones de varios testigos entre sí o las de éstos y las realizadas por las partes, por lo que la advertencia habrá de efectuarse a todos, pues en otro caso es perfectamente posible que hasta tanto no declare el último no pueda constatarse el antagonismo.

**178.** Los testigos que declaren tendrán derecho a obtener de la parte que les propuso una indemnización por los gastos y perjuicios que su comparecencia les haya originado, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas. Si varias partes propusieran a un mismo testigo, el importe de la indemnización se prorrateará entre ellas (art. 375, apdo. 1). *¿Quid iuris* de los testigos que, por cualquier motivo «no declaren» (v. gr., porque deba suspenderse o interrumpirse el acto, o porque excedan de tres sobre un mismo hecho)?

En nuestro concepto los gastos o daños dependen únicamente de la comparecencia, con independencia de lo que de ella resulte, y no constituye un acicate que el testigo deba soportar con cargo a su patrimonio los gastos que comporte su colaboración con las partes, especialmente si han de realizar largos desplazamientos o abandonar comedidos más provechosos.

El importe de la indemnización lo fijará el Tribunal mediante auto, que tendrá en cuenta los datos y circunstancias que se hubiesen aportado. Dicho auto se dictará una vez finalizado el juicio o la vista, y sólo será susceptible de recurso de reposición. Si la parte o partes que hayan de indemnizar no lo hiciesen en el plazo de diez días desde la firmeza de la resolución mencionada en el párrafo anterior, el testigo podrá acudir directamente al procedimiento de apremio (art. 375, apdo. 2).

Obsérvese que la Ley no efectúa diferenciación alguna ni exonera del desembolso a los litigantes que tengan reconocido el beneficio de asistencia jurídica gratuita. GÓMEZ COLOMER precisa a este respecto que «debe quedar incluido este gasto en la exención, so pena de obligar a quien goce del beneficio a adelantar injustamente cantidades económicas que en algunos casos podrían ser cuantiosas... El art. 375 LEC, de no interpretarse en este sentido, debe ser inconstitucional, por vulneración de los arts. 14 y 24.1, en relación con el art. 119, todos ellos de la C.E.»<sup>107</sup>.

#### e) Valoración

**179.** De acuerdo con lo dispuesto en el art. 376, sin que ello comporte novedad alguna, «los Tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado».

### F) Los medios de reproducción de imagen y sonido

**180.** Las fuentes de prueba, entendidas como elementos de la realidad idóneos en abstracto para acreditar una afirmación de hecho<sup>108</sup>, pueden encontrarse modernamente incorporadas a instrumentos diferentes de los tradicionales y que son fruto del ininterrumpido progreso tecnológico.

Algunos de ellos, como la fotografía, ya existían o eran conocidos al tiempo de elaborarse la LEC de 1881, y el hecho de que el texto legal no los tomara en consideración acaso pueda explicarse por la desconfianza o el recelo. Otros —v. gr., las cintas magnetofónicas o magnetoscópicas, los discos informáticos, etc.— se han desarrollado y alcanzado una extraordinaria difusión a lo largo del siglo XX.

En el lenguaje común, acaso por influencia de los medios de comunicación social, acostumbra a designarse a todas estas fuentes como «documentos», a los que se adicionan diversos adjetivos: sonoros, gráficos, visuales, informáticos, etc. En el lenguaje forense, en cambio, y por influencia de la doctrina civilista, parece preferible reservar la noción de «documento» para referirse al conjunto de signos de lenguaje incorporados en papel. De este pensamiento participa la LEC 1/2000 cuando alude, en apartado diferente (el apdo. 2) de aquel en que enuncia los «me-

dios» denominados tradicionales (apdo. 1), a los «medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso», o cuando regula con cierta autonomía la actividad que se reputa necesario desplegar —«medio de prueba»— para su acceso al proceso.

**181.** En la regulación contenida en la Secc. 8.<sup>a</sup> del Capítulo V del Libro Segundo pueden distinguirse dos regímenes diferenciados.

De un lado, el relativo a los «instrumentos de filmación, grabación y semejantes» (arts. 382 y 383); y, de otra, el atinente a los «instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos» (art. 384). Con todo, deben hacerse dos advertencias liminares: En primer término, que «fuente de prueba» —en el sentido que ha quedado expresado— pueden serlo tanto esos «instrumentos» considerados en sí mismos cuanto *las cosas* —palabras, sonidos, imágenes, datos, etc.— captadas, fijadas o introducidas en ellos, y es a esta última acepción a la que se refieren los indicados preceptos, lo que revela la impropiedad léxica de sus rúbricas respectivas.

En segundo lugar, que se trata de una regulación fragmentaria, ya que a ciertos efectos la LEC 1/2000 somete estas «fuentes de prueba» a un régimen sustancialmente análogo al previsto para las tradicionales.

a) *Los «hechos» filmados, grabados o captados de forma semejante*

**182.** Así, la aportación de estas «fuentes» se rige por idéntica disciplina a la establecida para los documentos aunque les designe como «objetos» (rúbrica del art. 265), o como «medios o instrumentos» (art. 265, apdos. 1, núm. 2.º, 2, 3 y 4; 269; 270, apdos. 1, núms. 2.º y 3.º, y 2; 271, apdo. 1), con el decidido propósito de que las otras partes puedan tomar conocimiento de su contenido, configurándose como *potestativa* para el litigante que los presente la «transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate» (art. 382, apdo. 1 *in fine*).

Aun cuando se ha criticado esta configuración normativa<sup>109</sup> debe observarse que se trata de soportes que gozan de una amplísima divulgación, hallándose prácticamente a disposición de cualquier persona, e incluso de la dotación de medios de buen número de órganos jurisdiccionales, determinando la vacuidad de dicha transcripción para su conocimiento por los litigantes adversos. Cosa distinta es que, propuesta esta prueba, a otros efectos —el contraste de la reproducción o del traslado con el «original» presentado ante el órgano jurisdiccional; la constatación de que el órgano jurisdiccional toma efectivo conocimiento de las «fuentes» incorporadas a estos instrumentos, etc.— precise de su práctica en un acto público y contradictorio «ante el Tribunal» (art. 382).

Y, en todo caso, pese al silencio legal, cuando las demás partes, sean contrarias o colitigantes, de quien presenta estos instrumentos consideren conveniente a sus intereses disponer de una reproducción gráfica de su contenido, podrán procurársela, a su costa, interesándola del órgano jurisdiccional, siempre que resulte técnicamente posible obtenerla (arg. *ex arts.* 147, párr. tercero y 359, párr. segundo).

**183.** No obstante lo sugestivo de algunas interpretaciones<sup>110</sup>, la «reproducción ante el Tribunal» no resiste en nuestro criterio la asimilación de estos «instrumentos» a la prueba de reconocimiento judicial. Lo característico de este medio es la percepción judicial inmediata de objetos o personas cuando de la apreciación directa de sus caracteres exteriores por el juzgador puedan constatarse hechos relevantes para la decisión del litigio (*vide supra*).

Ciertamente, hay aquí una percepción judicial, pero es indirecta, mediatizada por el soporte de que se trate. En nuestro criterio no es lo mismo que el Juez o Tribunal vea una pared con grietas que las imágenes filmadas de esas misma pared o de esas grietas; no es igual que escuche a un testigo o la voz de éste grabada magnetofónicamente. A su vez, tratándose de signos de escritura, acaso pueda no ser diferente la lectura de los mismos en un papel que en la pantalla de un ordenador.

**184.** La parte que se pueda considerar desfavorecida o perjudicada por el contenido de estos *instrumentos* puede cuestionar tanto la genuinidad o correspondencia de los hechos incorporados a ellos como la virtualidad de los mismos. Esto es, la «autenticidad» de los datos que se reflejan y su «veracidad» intrínseca. Con esta finalidad, se prevé (art. 382, apdo. 2) que quien los presente pueda «aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes» ordenados a su adveración o corroboración. Del mismo modo, «las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido».

**185.** Pese a su incuestionable similitud con los «documentos» en sentido tradicional la identificación entre unos y otros no es, sin embargo, completa. Obsérvese cómo a efectos de valoración, ni siquiera el reconocimiento de la autenticidad de los hechos fijados, representados o incorporados a los medios o instrumentos examinados determina que hagan «prueba plena» de los hechos a que se refieran, sino que la valoración de esta prueba se somete a «las reglas de la sana crítica» (art. 382, apdo. 3).

**186.** La diferencia de este medio de prueba y el reconocimiento judicial queda evidenciada en el régimen de su documentación. No hay aquí necesidad alguna de consignar «las percepciones y apreciaciones» del órgano jurisdiccional o las observaciones que efectúen los litigantes, limitándose el art. 383, apdo. 1, a imponer que se indique lo «necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como, en su caso, las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas».

Se faculta asimismo al órgano jurisdiccional para complementar el acta acordando «mediante providencia que se realice una transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas, siempre que sea de relevancia para el caso». Repárese en que no todos los «signos» son aptos para el volcado o transcripción —v. gr., imágenes, sonidos no

articulados, etc.—. Por otra parte, la «relevancia» es un concepto indeterminado al que, en puridad técnica, no debería acudirse por meras razones de comodidad, especialmente porque la norma no impone que en cada ocasión que el Juzgado o Tribunal considere oportuno el visionado o la audición del soporte presentado deba convocar a las partes para que presencien la reproducción.

En todo caso, «el material que contenga la palabra, la imagen o el sonido reproducidos habrá de conservarse por el Tribunal, con referencia a los autos del juicio, de modo que no sufra alteraciones» (art. 382).

*b) Los datos archivados por otros medios*

**187.** La doctrina científica especializada<sup>111</sup> considera pacíficamente que en el art. 384 LEC 1/2000 se regulan si no de modo exclusivo, si al menos predominante, los datos e informaciones incorporales fijados en soportes magnéticos e informáticos.

Al igual que sucede con los previstos en el art. 382, no son directamente aprehensibles sensorialmente, precisando de una actividad instrumental que los exteriorice. No obstante, la similitud de estas fuentes con las documentales es aun mayor que la de las reguladas en el art. 382, especialmente cuando se trata de signos gráficos del lenguaje.

Respecto de éstos no se contempla, ni siquiera como potestativa de quien los aporte la aportación de una transcripción. Sin embargo, estimamos trasladables aquí las observaciones que hacíamos al analizar el art. 382 acerca de la posibilidad que asiste a los restantes litigantes de obtener copias a su costa.

**188.** En cuanto a la práctica de la prueba, se configura como facultad del órgano jurisdiccional decidir motivadamente si el examen de dichos instrumentos ha de realizarse por «los medios que la parte proponente aporte» o por otros distintos «que el Tribunal disponga utilizar». En función de las circunstancias concurrentes puede acordarse la extracción de copias para su examen privado, la convocatoria de una comparecencia para su visionado, inviscerar esta práctica en alguna de las ya convocadas con otro fin. Pero en ningún caso se impone imperativamente su práctica en los actos del juicio —del procedimiento ordinario— o de la vista —del juicio verbal o de los recursos. En todo caso, el método ha de asegurar que las demás partes puedan tomar idéntico conocimiento que el órgano jurisdiccional así como «alegar y proponer lo que a su derecho convenga», lo que ha de entenderse ordenado tanto a la adecuada *exteriorización* de la información que aquellos instrumentos contengan cuanto a la genuinidad y veracidad de los mismos.

A tal efecto existe un reenvío expreso a lo dispuesto en el art. 382, apdo. 2 acerca de la proposición y práctica de cualesquiera pruebas relevantes para advenir o desvirtuar su autenticidad o exactitud.

**189.** El detalle de que hace gala la Ley en otros particulares contrasta con la imprecisión en punto a la documentación de esta prueba —«...se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Secretario Judicial...»—; a su conservación —«... [el] Secretario Judicial..., adoptará también las medidas de custodia que resulten necesarias»— (art. 384, apdo. 2); y a la valoración —«...El Tribunal valorará los instrumentos... conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza» (art. 384, apdo. 3)—. Especialmente llamativa y pleonástica es la última observación, habida cuenta que la locución «reglas de la sana crítica» constituye una invocación a máximas de experiencia no codificadas, que indefectiblemente vinculan a tomar en consideración las singularidades de cada situación.

## VII. Las presunciones

### A) Generalidades

**190.** A diferencia del derogado art. 1.215 C.C. y con mejor criterio, la LEC 1/2000 no incluye las presunciones en la relación de medios de prueba del art. 299, aunque las regule conjuntamente con éstos en el Capítulo VI del Título Primero del Libro I.

Ciertamente, las presunciones no consisten en un objeto sensible a través de cuyo examen exterior o análisis interno puedan constatarse unas previas afirmaciones fácticas. Menos aún estriban en una actividad material mediante la cual se traslade válidamente al órgano jurisdiccional la representación de los datos o circunstancias que permitan acreditar aquellas afirmaciones.

Antes bien las presunciones son, en puridad, una operación intelectual a través de la cual pueden fijarse hechos con trascendencia para la decisión del litigio por inferencia de uno o de un conjunto de hechos distintos que sólo adquieren sentido en función o contemplación de aquél.

**191.** La precisión efectuada no debe conducirnos, sin embargo, a desconocer la estrecha vinculación de las presunciones con la disciplina de la prueba y su extraordinaria relevancia para la conformación del material de hecho en que han de asentarse los pronunciamientos judiciales.

### B) Noción

**192.** Pese al empeño puesto por algunos autores en discriminar netamente los indicios de las presunciones<sup>112</sup>, convenimos con SERRA DOMÍNGUEZ en que no son sino dos aspectos de una y la misma institución<sup>113</sup>. De ahí que concepuemos como presunción *el razonamiento lógico-crítico que forma la convicción del órgano jurisdiccional acerca de un hecho afirmado partiendo de otro u otros diferentes tenidos por ciertos y vinculados a aquél por un nexa causal físico e inexorable o meramente contingente y regular conforme a la experiencia.*

### C) Caracteres

**193.** Del análisis de la noción ofrecida se desprenden sus características definitorias:

a) La existencia de un hecho, y más comúnmente de una pluralidad de ellos, denominados hechos «base» —o «indicadores», o «indiciarios»—, los cuales pueden, por su carácter meramente instrumental, presentarse como irrelevantes por sí e individualmente considerados —«*plura quae disiunctim nihil conficiunt, iuncta probant*»; «*veritas aliquando resultat ex multis indiciis et probationibus, quae sumpta seorsim certitudinem vix ingerunt, at unita maxime iuvant*»— y, acaso, sin relación directa y manifiesta con el objeto del proceso o con escaso o nulo interés para su decisión.

Es menester, por ello, poner especial cuidado al introducir en el proceso determinadas afirmaciones o interesar pruebas concretas, en prevención de su eventual repulsa o declaración de impertinencia, subrayando su potencial influencia mediata o indirecta como elemento integrante de la operación presuntiva. Análogamente, y aun a falta de tal concreción el juzgador ha de poner a contribución una razonable flexibilidad en punto a la calificación de los hechos afirmados y de los medios de prueba propuestos a fin de conjurar el riesgo de que por un juicio apresurado pueda verse limitado el juicio fáctico de la sentencia.

b) Este hecho «base» ha de ser considerado *cierto* o fijado como tal en la sentencia, ora por no haberse controvertido sobre él en período alegatorio, ora por demostración en virtud de algún medio de prueba histórico o representativo, y aun por medio de otra presunción<sup>114</sup>. Es el «hecho admitido o probado» a que se refiere el art. 386, apdo. 1 LEC 1/2000.

c) Otro hecho, denominado «presunto» —o «presumido», o «resultado», o «consecuencia»—. Éste ha de ser forzosamente diferente del hecho *base*, esto es, ha de excluirse tanto cualquier relación de semejanza o reproducción entre ellos, cuanto de integración o subsunción de uno en otro. A su vez, y a diferencia del hecho base, precisa haber sido objeto de expresa y concreta afirmación por la parte como presupuesto del efecto jurídico pretendido en el proceso.

Por lo común, se trata de hechos de difícil o imposible acreditación directa a través de los medios de prueba históricos o representativos.

d) Ineluctablemente ha de existir entre unos y otros hechos una relación de evocación tal que los asocie la consciencia y en la realidad de las cosas por medio de un razonamiento —inductivo o deductivo— u operación lógico-psíquica. Este vínculo o secuencia regular puede obedecer, o bien a un principio axiomático natural, a una ley física, que produzca una concatenación inexorable; o bien al decurso ordinario o normal de los acontecimientos en la generalidad de los casos —«*id quod plerumque accidit*»—.

A esta relación se refiere el art. 386, apdo. 1, párr. primero LEC 1/2000 con la locución «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», y el párr. segundo, al imponer que la sentencia exprese circunstanciadamente el razonamiento discursivo por el que se haya operado el tránsito del uno al otro hecho, al objeto de que pueda ser conocido y eventualmente censurado a través de los recursos.

### D) Clases

**194.** Atendiendo a diversos criterios, se acostumbra a reconocer las siguientes especies de presunciones:

a) Por la naturaleza del enlace entre los hechos base y presumido se distinguen las *necesarias* —donde el nexo reviste carácter físico-natural—, de las contingentes —fundadas en el principio de normalidad—;

b) Por la estimación de su mérito se distinguen en *gravísimas*, *apreciables* y *leves* o, con distinta terminología en *necesarias*, *violentas* y *probables*, según que, respectivamente, «*quedam est talis, cui statur etiamsi contra quis probaretur*», que no admiten prueba en contrario —también denominadas *iuris et de iure*—; «*alia, cui statur, donex contra probatur*», que hacen prueba imperfecta —asimismo llamadas «*præsumptiones iuris*»—; y «*alia, cui non statur aliquo modo, nisi adminicula habeat*», que no prueban —denominadas «*præsumptiones facti*»—.

c) Según el sujeto que efectúa el enlace entre hechos se diferencian las *legales* de las *judiciales*. Esta distinción es la única que acoge la LEC 1/2000, regulando las primeras en el art. 385 y las segundas en el art. 386.

Siguiendo a SERRA DOMÍNGUEZ<sup>115</sup>, debe recordarse que no en todos los casos en que la ley emplea la expresión «se presume» o «se presumirá» nos hallamos ante genuinas normas de presunción legal. A la inversa, en algún caso se instaura una norma de este carácter pese a omitir la voz presunción —arts. 54, 135, 449 y 1.407 C.C.—. Y, en tercer lugar, las normas que emplean la locución «no se presume» —v. gr., arts. 1.090, 1.209, 1.768, 1.817 y 1.954 C.C.— no hacen sino imponer la prueba de un presupuesto legal concreto.

Para este mismo autor sólo puede hallarse una verdadera norma legal de presunción en las leyes en sentido formal, de índole procesal y con repercusión probatoria —lo que excluye, v. gr., los arts. 393, 1.127, 1.138, 1.453, 1.562 y 1.711 C.C.—, esto es, que asocien dos hechos distintos que no deban concurrir simultáneamente para alcanzar el efecto jurídico previsto, y que contemple la posibilidad de prueba en contrario. En otro caso nos encontraremos ante las llamadas «verdades interinas» o reglas sobre carga de la prueba —como las contenidas en los arts. 69, 434, 1.183, 1.277, 1.297, 1.769, 1.901 y 1.960 C.C.—.

De acuerdo con la línea argumental expuesta únicamente son verdaderas normas de presunción legal en el Código Civil las contenidas en los arts. 135; 449; 193, párr. segundo; 194, párrs. segundo y tercero; 436; 448; 459;

La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su repercusión en los procesos del automóvil

572, 573 y 574; 359; 1.189; 1.191; 1.361; 1.442; 1491; 1.592; y 1.638<sup>116</sup>.

### E) Consecuencias de las presunciones legales

**195.** El art. 385, apdo. 1 reproduce sustancialmente el contenido del derogado art. 1.250 C.C., aunque no incurre en el mismo exceso advertible en éste. En puridad, las presunciones legales «no dispensan de la prueba» —ni de la alegación— del hecho base, pero tampoco del hecho presunto como afirma exageradamente aquel precepto, sino que en realidad actúan facilitando su acreditación<sup>117</sup>.

**196.** Pese a que el art. 385, apdo. 3 parece aludir a las presunciones legales absolutas —las que no admiten prueba en contrario—, la doctrina científica la considera una categoría dogmática artificial<sup>118</sup> y niegan radicalmente que exista algún caso en nuestro ordenamiento positivo<sup>119</sup>.

De ahí que, por el momento, la previsión normativa del art. 386, apdo. 3 acerca de que la Ley expresamente prohíba la prueba en contrario haya de considerarse una previsión de futuro.

### F) La prueba de lo contrario

**197.** El adversario del litigante favorecido por la presunción puede, a tenor de los arts. 385, apdo. 2, y 386, apdo. 2 desvirtuar el hecho presumido atacando éste directamente o bien el nexo que le vincula con el hecho base mediante lo que se denomina «prueba de lo contrario».

Y aunque la ley no lo mencione de modo explícito, en cualquier caso puede ordenar su actividad probatoria a justificar la inexistencia o ausencia de certeza del hecho base —contraprueba—. Tanto en uno como en otro caso la presunción simplemente no se puede constituir.

**198.** Con todo, la dicción del art. 386, apdo. 2 suscita cierta incertidumbre. O bien no se propone otro objetivo que destacar como diferencia esencial de las presunciones legales respecto de las judiciales el que las primeras pueden impedir en algún caso la prueba de lo contrario, lo que, como hemos visto, para un acreditado sector de la doctrina contradice la esencia misma de la presunción. O bien se refiere al caso en que una de las partes proponga explícitamente —en una oportunidad alegatoria tempestiva e idónea— que un determinado hecho se fije en la sentencia en virtud de esta operación intelectual.

Pero ¿*Quid iuris* del caso en que el órgano judicial establezca una presunción en la resolución que ponga fin al proceso concurriendo los requisitos legales? ¿Cuándo se practicará la prueba? ¿En la segunda instancia? ¿También en un recurso extraordinario?

## NOTAS

**1** El Diccionario de la Real Academia Española nos proporciona, entre otras, las siguientes acepciones: «nuevo, va. (Del lat. *novus*.) adj. Recién hecho o fabricado. || **2.** Que se ve o se oye por primera vez. || **3.** Repetido o reiterado para renovarlo. || **4.** Distinto o diferente de lo que antes había o se tenía aprendido. || **5.** Que sobreviene o se añade a una cosa que había antes. || **6.** Recién incorporado a un lugar o a un grupo [...] || **9.** fig. En oposición a viejo, se dice de lo que está poco o nada deteriorado por el uso. || ...».

**2** No obstante reconocer en la Exposición de Motivos las inconvenientes consecuencias del «trasplante de institutos procesales pertenecientes a modelos jurídicos diferentes...», introduce de modo muy imperfecto esta figura propia de otros ordenamientos —los anglosajones— con lo que actualiza algunos males declaradamente temidos: «...se generan nuevos y más graves problemas, sin que apenas se propongan y se logren mejoras apreciables...» (apdo. II, párr. 4.º), y «...la importación e implantación inconexa de piezas aisladas, que inexorablemente conduce a la ausencia de modelo o de sistema coherente, mezclando perturbadoramente modelos opuestos o contradictorios...» (apdo. II, párr. 6.º).

**3** Vide, ILLESCAS RUS, Á.-V., «Algunos aspectos procesales del tránsito rodado en la LEC 1/2000», ponencia presentada en las *Jornadas sobre El Seguro y su influencia en el proceso*, CGPJ-Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, San Sebastián (11-12 mayo 2000), pág. 93; EL MISMO, en «Algunas cuestiones sobre los juicios verbales en la nueva LEC 1/2000», en *Rev. Ayuda Procesal-LECFORUM*, núm. 1 (Octubre 2000), SEPIN, págs. 19-40.

**4** Vide, SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Las pretensiones resarcitorias del automóvil en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Rev. Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, (julio-agosto 2000), pág. 365; MONTERO AROCA, J., y CALDERÓN CUADRADO, M.ª P., «Ley de Enjuiciamiento Civil y disposiciones complementarias», Valencia, 2000, págs. 145 y s.

**5** Usamos el verbo en tiempo presente porque la LEC de 1881 no ha sido completamente sustituida por otra, sino que coexiste de forma simultánea con la LEC 1/2000.

**6** Vide SENTÍS MELENDO, S., «Qué es la prueba. Naturaleza de la prueba», en *Rev. Der. Proc.* núm. 2-3, 1973, pág. 261; CASTÁN TOBEÑAS, J., «Derecho civil Español, Común y Foral», T. I, vol. 2.º, 12.ª ed. (Rev. y puesta al día por MOZOS, J. L. de los), Madrid, 1978, pág. 874; OLIVA SANTOS, A. de la, «Derecho Procesal Civil» (con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A.), II, 4.ª ed., Madrid, 1995, §. 32, núm. 5, pág. 307.

**7** Vide, CARNELUTTI, F., «La prueba civil» (Trad. por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.), Buenos Aires, 1955, pág. 25.

**8** Vide GUASP DELGADO, J., «Derecho Procesal Civil», 3.ª ed., Madrid, 1968, p. 321.

**9** Vide, SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Capítulo V», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. por ALBALADEJO GARCÍA, M.), T. XVI, vol. 2.º, Madrid, 1981, págs. 3 y ss.; MONTERO AROCA, J., «Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)», en *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, CGPJ., Madrid, 2000, págs. 18 y ss.

**10** Vide, Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (pág. 93); SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Capítulo V. De la prueba de las obligaciones», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (Dir. por ALBALADEJO GARCÍA, M.), t. XVI, vol. 2.º -arts. 1.214 a 1.253-, Madrid, 1981, págs. 6 y s.

**11** Vide, «Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado el 11 de mayo de 1998», en *Reforma del Proceso Civil*, C.G.P.J., Madrid, 1998, pág. 158.

**12** A los que también se refieren los arts. 317, 3.º; 319, apdo. 1 y 320, apdo. 2, 2.º LEC 1/2000.

**13** Cfr., GIMENO SENDRA, V., «Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal Europeo», *La Ley*, núm. 4734, de 15 de febrero de 1999; pág. 2.

**14** «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».

**15** «...El Tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio conforme a lo dispuesto en el apartado quinto del artículo 339».

**16** «...Si se alegare por el testigo que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, el Tribunal, en los casos en que lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter».

**17** «1. Cuando los testigos incurran en graves contradicciones, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que se sometan a un careo. 2. También podrá acordarse que, en razón de las respectivas declaraciones, se celebre careo entre las partes y alguno o algunos testigos».

**18** Convocatoria de los testigos personas jurídicas o entidades públicas al acto del juicio o vista para que, en vista de las respuestas escritas, o de la negativa u omisión de las mismas «para aclarar o completar, si fuere oscura o incompleta, la declaración».

**19** «1. Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el Tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes».

**20** «1. En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el Tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el Tribunal».

**21** «3. Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo».

**22** «3. En los procesos a que se refiere este artículo se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el artículo 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda».

**23** «...el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oír si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años».

**24** «...En el acto de la comparecencia a que se refiere el apartado anterior, si no hubiere acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar o éste, oído, en su caso, el Ministerio Fiscal, no fuera aprobado en todo o en parte por el Tribunal, se oírán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el Tribunal acuerde de oficio».

**25** «2. A falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el Tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar».

**26** V. gr., MONTERO AROCA no vacila en afirmar que: «No hace falta tener mucha experiencia para estar convencido de que el Juez español no hará uso de la facultad que le confiere el art. 429.1, II de la nueva LEC»

[MONTERO AROCA, J., «Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)», en *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, CGPJ., cit., pág. 34].

**27** «1. Sólo a instancia de parte podrá el Tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas: 1.ª No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del Tribunal a que se refiere el apartado primero del artículo 429. 2.ª Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas. 3.ª También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286».

**28** «...distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia...» (art. 169, apdo. 4).

**29** *Vide*, S.T.C. 131/1995, de 11 de septiembre (Supl. al «B.O.E.» de 14 de octubre).

**30** *Vide*, S.T.C. 89/1986, de 1 de julio (Supl. al «B.O.E.» de 22 de julio).

**31** *Vide*, SS.T.C. 40/1986, de 1 de abril (Supl. al «B.O.E.» de 9 de abril); 212/1990, de 20 de diciembre (Supl. al «B.O.E.» de 10 de enero de 1991); 87/1992, de 8 de junio (Supl. al «B.O.E.» de 1 de julio); y, 233/1992, de 14 de diciembre (Supl. al «B.O.E.» de 20 de enero de 1993); entre otras.

**32** *Vide* S.T.C. 167/1988, de 27 de septiembre (Supl. al «B.O.E.» de 14 de octubre).

**33** *Vide*, SS.T.C. 149/1987, de 30 de septiembre (Supl. al «B.O.E.» de 20 de octubre); 21/1990, de 15 de febrero (Supl. al «B.O.E.» de 1 de marzo); 87/1992, de 8 de junio (Supl. al «B.O.E.» de 1 de julio); y 94/1992, de 11 de junio (Supl. al «B.O.E.» de 15 de julio); entre muchas otras.

**34** *Vide*, SS.T.C. 9/1987, de 29 de enero (Supl. al «B.O.E.» de 10 de febrero); y 212/1990, de 20 de diciembre (Supl. al «B.O.E.» de 10 de enero de 1991), entre otras.

**35** *Vide*, S.T.C. 52/1989, de 22 de febrero (Supl. al «B.O.E.» de 14 de marzo).

**36** *Vide*, SS.T.C. 59/1991, de 14 de marzo (Supl. al «B.O.E.» de 16 de abril); 205/1991, de 30 de octubre (Supl. al «B.O.E.» de 27 de noviembre); 357/1993, de 29 de noviembre (Supl. al «B.O.E.» de 29 de diciembre); y 1/1996, de 15 de enero (Supl. al «B.O.E.» de 19 de febrero); entre otras.

**37** *Vide* S.T.C. 149/1987, de 30 de septiembre (Supl. al «B.O.E.» de 20 de octubre).

**38** *Vide* SS.T.C. 149/1987, de 30 de septiembre (Supl. al «B.O.E.» de 20 de octubre); 131/1995, de 11 de septiembre (Supl. al «B.O.E.» de 14 de octubre); y 1/1996, de 15 de enero (Supl. al «B.O.E.» de 19 de febrero), entre otras.

**39** *Vide*, SS.T.C. 109/1985, de 8 de octubre (Supl. al «B.O.E.» de 5 de noviembre); 58/1988, de 6 de abril (Supl. al «B.O.E.» de 4 de mayo); 112/1989, de 19 de junio (Supl. al «B.O.E.» de 24 de julio); 208/1990, de 19 de diciembre (Supl. al «B.O.E.» de 10 de enero de 1991); 129/1991, de 6 de junio (Supl. al «B.O.E.» de 8 de julio); 126/1996, de 9 de julio (Supl. al «B.O.E.» de 12 de agosto); y 137/1996, de 16 de septiembre (Supl. al «B.O.E.» de 21 de octubre); entre muchas otras.

**40** De acuerdo con lo dispuesto en el art. 496, apdo. 2 «La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario». La excepción a la regla está representada, v. gr., por el art. 441, apdo. 4.

**41** *Vide* S.T.S., Sala Primera, de 26 de noviembre de 1999 (C.D., 99C1598).

**42** *Vide* S.T.S., Sala Primera, de 1 de febrero de 1995 (C.D., 95C148), y las que en ella se citan.

**43** «En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente» (art. 217, apdo. 4).

**44** *Vide*, art. 51 C. de c.

**45** *Vide*, v. gr., SS.T.S., Sala Primera, de 25 de mayo de 1999 (C.D., 99C348); 4 de octubre de 1999 (C.D., 99C1330).

**46** *Vide*, asimismo, arts. 1.218 a 1.221 C.C.

**47** *Vide*, también, arts. 1.225 y 1.227 a 1.230 C.C.

**48** FERRER BARRIENDOS califica esta posibilidad de «*extemporánea*» [*Vide*, FERRER BARRIENDOS, A., «Interrogatorio de las partes», en *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 121].

En nuestro criterio, esta calificación es admisible sólo si con ella se quiere subrayar que la solicitud tiene lugar «fuera del tiempo» o momento en que, de ordinario, deben proponerse los medios de prueba de que cada parte pretenda servirse, pero no si pretende destacarse que es «intempestiva», ya que se produce precisamente en la oportunidad establecida por la Ley, la cual es, en verdad, extraordinaria en función de lo extraordinario de las circunstancias que la motivan.

**49** A menos, claro está, que deba desenvolver una conducta anterior, como acontece si se propone

reconvenir o alegar la compensación (art. 438, apdos. 1 y 2), y en todo caso cuando interese la convocatoria judicial a la vista de testigos que no comparezcan voluntariamente.

**50** Un entendimiento diverso podría estimarse incurso en inconstitucionalidad por dispensar al supuesto un tratamiento injustificadamente arbitrario vedado por el art. 9.3 C.E.

**51** «... Porque la prueba pericial tiene por objeto ilustrar al juzgador acerca de determinadas materias que, por la especificidad de las mismas, se requieren unos conocimientos especializados de los técnicos en tales materias y de los que, como norma general, carece el órgano jurisdiccional, pero no tiene por objeto la prueba acerca de la existencia o no de hechos reales o materiales concretos, cual es el de si, efectivamente, se practicaron o no la pruebas o análisis previos a una intervención quirúrgica (preoperatorio), pues para constatar la existencia o no del expresado y concreto hecho real o material sirven todos los demás medios probatorios, al no requerirse para dicha constatación conocimiento especializado alguno...» (S.T.S., Sala Primera, de 24 de septiembre de 1994; C.D., 94C717).

**52** «La función del perito es la de auxiliar al Juez...» (S.T.S., Sala Primera, de 6 de febrero de 1987; C.D., 87C59); «...siendo la función de éstos de mero auxiliar, ilustradora sobre las circunstancias del caso...» (S.T.S., Sala Primera, de 9 de octubre de 1989; C.D., 89C1034); «... El perito es simplemente un auxiliar del Juez o Tribunal, que en modo alguno recibe un encargo de arbitraje cuando es llamado, porque su misión es únicamente asesorar al Juez ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias, sin que en ningún caso se le pueda negar al Juez...» (S.T.S., Sala Primera, de 10 de febrero de 1994; C.D., 94C87); «... Si para fijar los hechos de que ha de partir el juzgador en su apreciación de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común, es importante el resultado de las pruebas periciales traídas a los autos, ha de tenerse en cuenta, en la valoración de estas pruebas, cuál es la función del perito que, indudablemente, no se extiende a entrar en valoraciones jurídicas como es la de afirmar el carácter divisible de los bienes formando lotes proporcionales a la participación de los comuneros y, al fundarse el pronunciamiento judicial desestimatorio de la demanda en esa manifestación de los peritos, infringe la norma valorativa de la prueba pericial al acoger tales declaraciones que sólo corresponde hacer al juzgador partiendo de los hechos que resulten probados, ya que, en otro caso, se está sustituyendo la función jurisdiccional por una actividad auxiliar a esa función como es la prueba pericial...» (S.T.S., Sala Primera, de 30 de julio de 1999; C.D., 99C1145).

**53** *Vide*, v. gr., CARNELUTTI, F., «Sistema de Derecho Procesal Civil» (Trad. por ALCALÁ-ZAMORA, N., y SENTÍS MELENDO, S.), T. II, Buenos Aires, 1944, págs. 209 y ss.; SCHÖNKE, A., «Derecho Procesal Civil» (Trad. de la 5.ª ed. alemana por PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., FAIRÉN GUILLÉN, V. y otros), Barcelona, 1950, pág. 233; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Contribución al estudio de la prueba», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pág. 361; RAMOS MÉNDEZ, F., «Derecho Procesal Civil», I, Barcelona, 1990, pág. 623; GÓMEZ COLOMER, J.L., «Derecho Jurisdiccional» (con MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., y MONTÓN REDONDO, A.), II, Valencia, 1998, pág. 252.

**54** *Vide*, entre otros, GOLDSCHMIDT, J., «Derecho Procesal Civil» (Trad. por PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., con adiciones sobre doctrina y legislación española por ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N.), Barcelona, 1936, pág. 244; ROSEMBERG, L., «Tratado de Derecho Procesal Civil» (Trad. por ROMERA VERA, A.), II, Buenos Aires, 1955, pág. 265; CHIOVENDA, G., «Instituciones de Derecho Procesal Civil» (Trad. por GÓMEZ ORBANEJA, E.), III, Madrid, 1940, págs. 239 y ss.; GUASP DELGADO, J., «Derecho Procesal Civil», I, Madrid, 1961, pág. 340; MONTERO AROCA, J., «La prueba en el proceso civil», Madrid, 1996, págs. 204 y ss.; OLIVA SANTOS, A. de la, «Derecho Procesal Civil» (con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A.), II, Madrid, 1995, pág. 378; FONT SERRA, E., «El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil», La Ley, Madrid, 2000, págs. 32 y ss.

**55** «...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 [...] Así, la actividad pericial, cuya regulación decimonónica reflejaba el no resuelto dilema acerca de su naturaleza —si medio de prueba o complemento o auxilio del juzgador—, responde ahora plenamente a los principios generales que deben regir la actividad probatoria, adquiriendo sentido su libre valoración» (Exp. de Motivos de la LEC 1/2000, apdo. XI, párr. 15.º y 17.º).

**56** *Vide*, MONTERO AROCA, J., «Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)», en *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, (E.J.-C.G.P.J.), Madrid, 2000, pág. 45.

**57** *Vide*, respecto de la excepción a la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos regidos por la LAU (T.R. 1964), las S.S.T.S. de 17 de febrero de 1955, 4 de diciembre de 1964, 19 de noviembre de 1966 y 26 de mayo de 1969.

**58** «...Considerando: Ello, no obstante, la prosperabilidad del recurso de casación por quebrantamiento de forma al amparo de los números 5.º y 3.º del artículo 1693, que ha sido el invocado, requiere que la diligencia de prueba propuesta y denegada sea «admisibles según las leyes», lo que significa que tratándose de la pericial ha de buscar datos «de influencia en el pleito», según precisa el artículo 610, concreta manifestación de la «pertinencia» y

«utilidad» exigidas en términos generales por los artículos 565 y 566, e impide dar paso el recurso cuando la negativa no sea injustificada (sentencias de 7 de febrero de 1983, 9 de marzo de 1984 y 9 de abril de 1985); y en el caso contemplado la inutilidad de la solicitada es patente, pues basada la demanda en la conducta vejatoria reprochable al marido (n.º 1.º del artículo 82 del Código Civil), la causa de separación operará, de ser veraz la base fáctica alegada, por la realidad misma del proceder reprochable, sin que sea menester adicionar los elementos de convicción conducentes con el dictamen médico acerca de si la actuación seviciosa «exigiría o exige la suspensión de la convivencia», como se propone, haciéndolo, además, en unos términos de igualdad («examen psiquiátrico de ambos cónyuges litigantes»), en abierta pugna con las indispensables atinencia y concreción que la actividad probatoria impone...» (S.T.S., Sala Primera, de 4 de octubre de 1985; Act. Civ. 78/1985).

**59** «... sabido es, y nada en contra se deduce de la sentencia recurrida, que el perito es simplemente un auxiliar del Juez o Tribunal, que en modo alguno recibe un encargo de arbitraje cuando es llamado, porque su misión es únicamente asesorar al Juez ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias, sin que en ningún caso se le puedan negar al Juez las facultades de valoración del informe que recibe, como así se declaró en S 31 Mar. 1967 y en otras posteriores; de modo que el Juez puede prescindir totalmente del dictamen pericial, puede si dictaminan varios aceptar el resultado de alguno y desechar el de los demás peritos si, como en este caso, hubo en el pleito varios dictámenes (como así hizo el Tribunal a quo) y puede, por último, el Juez sustituir al perito cuando se considere suficientemente informado por sí según su preparación para conocer y apreciar el objeto o la cuestión litigiosa que hubiera necesitado de la intervención de otra persona que tenga los conocimientos científicos, artísticos o prácticos requeridos por las circunstancias del caso...» (S.T.S., Sala Primera, de 10 de febrero de 1994; C.D., 94C87). «...si el juez posee conocimientos técnicos sobre el objeto de la pericia, ésta es inútil y carece de objeto, aparte de que, aunque se practique la misma, en ningún caso esta vinculado al dictamen pericial —art. 632 de dicha Ley procesal—, y si no se practica la prueba por no haberse propuesto, puede perfectamente el juez con sus conocimientos personales suplir la falta de proposición o practica del mismo dictamen...» (S.T.S., Sala Primera, de 30 de marzo de 1984; C.D., 84C187).

**60** Vide, art. 340, apdos. 1 y 2 PLEC: «**Artículo 340.** *Solicitud de designación de peritos por el Tribunal y resolución judicial sobre dicha solicitud. Designación de peritos por el Tribunal, sin instancia de parte.*

1. 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 429, la designación por el Tribunal de un perito que dictamine, lo acordará éste así, siempre que considere pertinente y útil el dictamen, cuando 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.

2. También podrá el Tribunal proceder a designar perito, a solicitud de una parte, cuando, por la concurrencia en ella de especiales circunstancias personales, económicas o culturales, sea de temer que la parte solicitante no pueda encargar por sí misma el dictamen que interese, que será siempre a su costa, si no se le ha reconocido el derecho a litigar gratuitamente...» (Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Año LII, Supl. al núm. 1832, de 1 de noviembre de 1998; págs. 164 y s).

**61** Vide, sobre el tema, FONT SERRA, E., «El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el Proceso Civil», cit., págs. 63 y ss.

**62** Vide, FONT SERRA, E., «El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil», cit., pág. 68.

**63** «... 1) En el primer motivo del recurso, se denuncia por vía formal del art. 1692.3 de la L.E.C. que la sentencia recurrida ha quebrantado las normas que rigen los actos procesales con infracción del art. 610 en relación con el 615.1 de la Ley, pues se aduce, que en escrito de 1-9-1986 esta parte propuso la práctica de la prueba pericial para que por tres Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, se dictaminase sobre los 13 puntos concretos a los que habrán de ceñirse su informe, que con la aplicación de la parte adversa, se admitió si bien se sustituyeron los peritos propuestos por tres Arquitectos Superiores, lo que en su sentir, implica la vulneración denunciada, ya que, en resumen (y tras relatar la incidencia procesal de que se rechazaron los recursos de reposición y apelación por la Audiencia ante la decisión admisorio en la 1.ª Instancia de dicha prueba) la denuncia es pertinente pues la recurrente siempre manifestó su propósito y posterior discrepancia a que tal prueba debía haber sido practicada por los citados Ingenieros y no por los Arquitectos que la evacuaron, por cuanto, se agrega, dada la naturaleza del dictamen y la específica formación profesional de los primeros, al proporcionar su ciencia [sic] mayor capacitación profesional pues su titulación lleva implícita conocimientos de construcción de diferentes tipos y entre ellos de edificaciones, de cimiento y de estructuras para edificaciones, por lo que bajo el calificativo de Ciencia de la Arquitectura no solamente puede acogerse el Arquitecto, sino también al título que ampara el ejercicio profesional de un Ingeniero de Caminos, por lo que, se concluye, la capacitación de un ingeniero de caminos permite admitir su designación como Perito, con lo que al sustituirse a los Peritos como queda dicho, se ha producido indefensión a la recurrente y la violación del art. 24.2 de la C.E.: el motivo así planteado, debe decaer, porque desde el punto de vista formal de la casación, la acusación vulneradora de tales normas no es atendible cuando, como en el caso de autos, el hoy recurrente no planteó dicha denuncia en la 2.ª instancia al no ser atendibles ni relevantes las razones que esgrime de que el resultado de la

decisión apelada al serle favorable provocó que no formulase recurso contra la misma y que, por ello se abstuvo del planteamiento referido ante el Tribunal «a quo», ya que, aparte de que con ello no se cumplió con lo previsto en el art. 1693 L.E.C., en todo caso, podría sin necesidad de apelar, haber actuado a tenor de lo dispuesto en los arts. 860 y ss. de dicha ley; e, igualmente, desde el punto de vista técnico-jurídico en cuanto al significado y alcance de la prueba pericial se alcanza igual conclusión, ya que, en efecto la endeblez del motivo es evidente, no ya porque haciendo caso omiso en lo dispuesto en el art. 1623 L.E.C. y en la normativa que regula dicha prueba, arts. 610 y ss., y con independencia de la soberanía judicial valorativa de sus resultados a tenor de su art. 632 que, de nuevo, en el análisis del motivo 5.º se examina, quepa derivar la denuncia formulada, sino que, además, en todo el componente que conforme dicha prueba, aparece precepto alguno que derive el desvío en la actuación del juzgador, porque en efecto, la precisión de la misma se ampara en el art. 610 en cuanto a la necesidad o conveniencia del conocimiento científico, en el 611, se permite a la parte que le interese la «proposición de la misma en cuanto al objeto sobre el cual ha de recaer el reconocimiento pericial, con la ampliación sobre dicho objeto a favor de la contraparte art. 612, siendo el formalista, art. 615, el que cierra el cuadro de exigencias o competencias profesionales de los llamados a ser Peritos, al prevenirse que «los Peritos deberán tener título de tales en la ciencia o arte a que pertenezcan el punto sobre que han de dar su dictamen si su profesión está reglamentada por las leyes o por el Gobierno caso de autos, arbitrándose en el 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 la 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 como ocurre en el litigio (en el que consta en el escrito de proposición de 31-7-1986, la recurrente siempre la requirió a los Arquitectos Profesionales) los profesionales elegidos lo son porque se adscriben precisa y cabalmente a la índole de la controversia en relación con la profesión del demandado, es decir, la de Arquitectos, cuyos profesionales, pues, será a los que corresponda por elemental capacidad o experiencia aportar los conocimientos precisos requeridos...» (S.T.S., Sala Primera, de 13 de febrero de 1990; C.D., 90C183).

**64** «... en el motivo quinto, se denuncia la inaplicación del ap. 3 del art. 6 CC, en relación con el art. 36 de nuestra CE, y todo esto, por cuanto que, solicitada la prueba pericial por esta parte, y con las circunstancias que se indican sobre la misma, destaca que el dictamen pericial, fue realizado por un perito insaculado, y que este perito se encontraba de baja en el Colegio de Ingenieros Técnicos en Topografía, desde el día 11 de mayo de 1985, fecha anterior a la del inicio del procedimiento en que intervino, lo que fue puesto en conocimiento del Juzgado, y por tanto, el haber entendido esa intervención como tal prueba pericial, vulnera lo dispuesto en la normativa que se especifica en relación con la de los Colegios Profesionales que se hacen constar en el motivo, en particular en su art. 3.2 Ley, 2/1974 de 13 de febrero, todo lo cual, conduce a la nulidad de la intervención pericial, al amparo de lo dispuesto en el art. 6 CC, el motivo no triunfa, ya que, pese a esa suspensión que pesaba en la colegiación del perito interviniente, ello debe ceder ante, no sólo las circunstancias que la Sala tuvo en cuenta para considerarlo como persona adecuada para emitir la prueba pericial, según el FJ 6.º, que se confirma, sino, porque, parece no cuestionable que, aparte de que los litigantes intervinieran a la hora del nombramiento de mentado perito por el procedimiento de insaculación, y que, en caso alguno, se adujo nada en contrario, según se especifica en aquel fundamento jurídico, lo verdaderamente relevante es, que la cualidad o la idoneidad o la apreciación de la persona para intervenir, por su cualidad de perito, emana directamente de la disciplina que se contempla en la LEC, entre lo que destaca como causas relevantes de dicha cualidad, las que integran los supuestos de recusación y, sobre todo, sobresale en la incidencia, con independencia de cuál sea el exacto peso de ese carácter colegial o corporativo, que el perito estaba en posesión de su título y como tal fue nombrado a través de la designación colegial, pudiendo decirse que, esta designación, a todos los efectos, convalida su cualidad de persona adecuada para emitir el correspondiente dictamen, ya que, como se dice, en la disciplina LEC, destaca como elemento de idoneidad para poder evacuar su «facere» profesional, la literalidad prolija de su art. 615, cuando prescribe que «los peritos deberán tener título de tales —como efectivamente lo posee el interviniente—, en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre que han de dar su dictamen, si su profesión está reglamentada por las leyes o por el Gobierno, no estándolo o no habiendo peritos de aquella clase en el partido judicial, si las partes no se conforman en designarlos de otro punto, podrán ser nombrados cualesquiera personas entendidas o prácticas, aun cuando no tengan título»; y efectivamente, el inexcusable y significativo título, es lo que condiciona la idoneidad de dicho perito, y, es más, incluso la Ley, como se ha visto en su párr. 2.º, prevé la posibilidad de que una persona sin título, cuando concurren esas circunstancias, puede intervenir como tal perito; es pues, en definitiva, esta disciplina, la básicamente determinante de la decisión de considerar persona idónea a la interviniente por parte del Juzgado, y, se repite, sin desdoro o devalúo de la pujanza o procedencia de la reglamentación corporativa de los Colegios profesionales, sin que la misma, en este caso concreto, sea la jerárquicamente aplicable por las razones que se indican, por lo que el motivo ha de rechazarse...» (S.T.S., Sala Primera, de 4 de junio de 1998; C.D., 98C873).

**65** «...dicho informe pericial FJ 6º, no queda empañado, ni por el presentado por la parte demandada en esta segunda instancia, ni tampoco debe desmerecer «... por la circunstancia de que dicho perito, al tiempo de emitir su dictamen se encontrara suspendido por el Colegio Profesional al que pertenece por razón de expediente, pues independientemente del resultado del mismo, es lo cierto que la parte demandada viene a impugnar tal pericial una

vez que conoce el resultado adverso del informe, sin que por otra parte la causa alegada se encuentre entre las que la Ley de Enjuiciamiento Civil cita como de recusación en el art. 621 y que constituyen *numerus clausus* hasta el punto que el juez deberá rechazar de plano si la recusación no se funda en alguna de las causas citadas, según ordena el art. 622 de la misma Ley...» (S.T.S., Sala Primera, de 4 de junio de 1998; Act. Civ. 902/1998).

**66** «Artículo 229. Son causas de abstención y, en su caso, de recusación: 1.º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior. 2.º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el Letrado y el Procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa. 3.º Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas. 4.º Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta. 5.º Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como Letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo. 6.º Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes. 7.º Tener pleito pendiente con alguna de éstas. 8.º Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados en el artículo anterior. 9.º Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa. 10.º Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia —redactado por L.O. 7/1988, 28 diciembre, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal («B.O.E.» de 30 diciembre)—. 11.º Ser una de las partes subordinado del Juez que deba resolver la contienda litigiosa. 12.º Haber ocupado el Juez o Magistrado cargo público con ocasión del cual haya podido formar criterio, en detrimento de la debida imparcialidad, sobre el objeto del pleito o causa, sobre las partes, sus representantes y asesores —introducido por Ley Orgánica 5/1997, 4 diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 6/1985, 1 julio, del Poder Judicial («B.O.E.» de 5 diciembre)—.

**67** En el mismo sentido, FONT SERRA, E., «El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil», cit., pág. 104.

**68** Vide, FONT SERRA, E., «El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil», cit., págs. 109 y s.

**69** Vide, ILLESCAS RUS, A-V., «Artículo 437», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coord. por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., RIFÁ SOLER, J.M.<sup>a</sup>, y VALLS GOMBAU, J.F.), II, Barcelona, 2000, págs. 1937 y ss.

**70** «... En el presente caso se condena a los demandados a realizar las reparaciones necesarias en la forma que establece el informe pericial aportado como documento n.º 6 con la demanda; ahora bien, tal informe constituye una prueba preconstituida y extraprocésal a la que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, no puede serle atribuido el carácter de prueba pericial, al no haber sido emitido el informe que contiene con las garantías procesales exigidas para una prueba de esta naturaleza (arts. 612 y ss. L.E.C.), con la consiguiente indefensión para la otra parte a quien se privó de las expresadas garantías procesales; al fundarse la sentencia recurrida en dicho informe para establecer la extensión de la obligación de reparación que impone a los demandados haciendo caso omiso del informe pericial emitido dentro del proceso y con observancia de todas las garantías procesales, cuyo contenido es totalmente divergente del realizado fuera del proceso, tanto por lo que afecta a la causa de los desperfectos como a la forma de su reparación, es claro que se ha infringido el art. 1591 C.C. al imponer a los demandados la realización de unas actuaciones reparadoras que exceden de las necesarias para la eliminación de los vicios existentes y de los daños producidos, por lo que procede la estimación del motivo y la casación y anulación de la sentencia recurrida en este particular, debiendo ser reparados los desperfectos existentes en el edificio de la Comunidad actora en la forma que se establece en el informe pericial acordado para mejor proveer en la primera instancia...» (S.T.S., Sala Primera, de 2 de diciembre de 1994; C.D., 94C864). «... el motivo ha de ser acogido ya que el denominado informe pericial «es una simple prueba preconstituida extraprocésalmente por la actora y aportada con su escrito de demanda, a la que, según reiterada doctrina de esta Sala, no puede ser atribuido el carácter de prueba pericial, al no haber sido emitido el informe que aquella contiene con las garantías procesales exigidas para una prueba de esta naturaleza (arts. 612, 614, 617, 619, 626 y 628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con la consiguiente indefensión para la parte a la que se privó de las expresadas garantías procesales» (sentencia de 29 de noviembre de 1993)...» (S.T.S., Sala Primera, de 20 de octubre de 1997; C.D., 97C2430). «... Ante todo, ha de hacerse constar que el informe del Arquitecto Técnico D. José-Luis G. Z., que fue aportado con la demanda, no puede aquí ser tenido en cuenta, ya que es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que a los informes acompañados con la demanda, en cuanto prueba preconstituida extraprocésalmente, no se les puede atribuir el carácter de prueba pericial, al no haber sido emitido el referido informe con las garantías procesales exigidas para una prueba de esta naturaleza (arts. 612, 614, 617, 619, 626 y 628 LEC), con la consiguiente indefensión para la parte a la que se privó de las expresadas garantías procesales, aparte de que si al referido informe se le atribuyera el valor probatorio que pretende el recurrente, el mismo habría que prestarle a otro informe que el demandado también aportó con su escrito de contestación a la demanda (igualmente prueba preconstituida extraprocésalmente) y en el que se afirma todo lo contrario que en aquél...» (S.T.S., Sala Primera, de 9 de marzo de 1998; C.D., 98C197).

**71** «... el informe de un perito aportado a autos como prueba preconstituida carece en absoluto de

eficacia para acreditar lo que en su texto se expresa, habida cuenta de la total ausencia de las garantías procesales que la perceptiva contenida en los arts. 610 y sigs. L.E.C. establecen en orden a la proposición y práctica de dicho medio de prueba (posibilidad de que solicite su ampliación la parte que no la articuló, determinación del número de peritos, forma de designación de los mismos y emisión del pertinente dictamen ante la presencia judicial y de las partes litigantes, con la posibilidad para éstas de pedir aclaraciones)...» (S.T.S., Sala Primera, de 29 de enero de 1988; C.D., 88C1110).

**72** «... ante todo hay que afirmar que la mencionada auditoría no es una prueba pericial de las concretadas en el art. 610 LEC y art. 1242 CC, y que tiene lugar dentro del proceso de acuerdo con las formas procesalmente previstas; simplemente constituye —dicha auditoría— lo que se denomina doctrinalmente una «pericia documentada» o «dictamen pericial extrajudicial», y que es una neta prueba documental que debe ser adecuada y ratificada a través de la prueba testifical (SS 30 de diciembre de 1985, 10 de febrero de 1988 y 18 de mayo de 1993)...» (S.T.S., Sala Primera, de 6 de febrero de 1998; C.D., 98C32).

**73** «... La prueba pericial de referencia no fue propuesta en debida forma ya que se circunscribía, en función del dictamen de un arquitecto que se acompañaba con la demanda, a solicitar la ratificación del mismo, así como la ampliación de éste en los términos que señalaba. Es verdad, por ello, que como razona el órgano judicial al motivar por auto resolviendo recurso de reposición, la denegación acordada, en nuestro Derecho, tal prueba sólo se puede proponer como testifical, esto es, como un testimonio de naturaleza técnica sujeto en su práctica a las reglas del examen de testigos...» (S.T.S., Sala Primera, de 18 de mayo de 1993; C.D., 93C386).

**74** «... Por otra parte, si bien no se reconoce a los informes técnicos documentados, extraprocesalmente realizados, el carácter de prueba pericial, al no haberse llevado a cabo con observancia de las normas procesales que regulan su práctica (arts. 610 y ss. LEC), garantizando los principios rectores del proceso, y que asimismo a tales probanzas se les niega el carácter documental a efectos del recurso de casación, tiene declarado esta Sala (SS. de 17 de junio, 20 de noviembre y 7 de diciembre de 1987, y 24 de febrero y 18 de noviembre de 1988) que corresponde al Juzgador de instancia en todo caso su apreciación según las reglas de la sana crítica, ya que, en definitiva, en uno y otro supuesto, tienen el mismo contenido intrínseco de auxilio para el Juez, ilustrando la libre valoración y apreciación, conforme a los arts. 1243 CC y 642 LEC, sin estar obligado a sujetarse a dichos dictámenes...» (S.T.S., Sala Primera, de 26 de noviembre de 1990; C.D., 90C1116).

**75** *Vide*, FONT SERRA, E., «El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil», cit., pág. 80.

**76** El art. 52 LGT, respecto a comprobación de valores, en su núm. 2, párrafo III, establece lo siguiente: «Si la tasación hecha por el perito de la Administración excede de los límites indicados, deberá designarse a un perito tercero. A tal efecto, el Delegado de la Agencia Estatal de Administración Tributaria competente, u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma, interesará en el mes de enero de cada año de los distintos colegios profesionales y asociaciones o corporaciones profesionales legalmente reconocidas, el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos terceros. Elegido uno por sorteo público de cada lista, las designaciones se efectuarán a partir del mismo, por orden correlativo, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o derechos a valorar y, salvo renuncia a aceptar el nombramiento por causa justificada».

**77** Sobre esta cuestión, *vide* FONT SERRA, E., «El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil», cit., págs. 87 y ss.

**78** Para GUASP DELGADO, J., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», II, vol. I, 2.ª parte, Madrid, 1947, págs. 638 y ss., el deber que sobre el perito pesa y los derechos frente a él del Juez y de las partes constituyen una verdadera relación jurídica, pero no de carácter contractual. Con el perito nombrado, y que acepta, no se celebra un contrato, por muy afín que pueda parecer respecto a ciertos tipos de contratación privada. La relación entre el perito y los sujetos procesales no pertenece al Derecho Privado, sino al Derecho Público. En el mismo sentido se ha manifestado, en alguna ocasión, la jurisprudencia. Así, *vide*, S.T.S., Sala Primera, de 15 de marzo de 1985 (La Ley, 1985-3, 771): «La obligación de honorarios periciales viene impuesta por el ordenamiento procesal... y no como consecuencia de la previa existencia de arrendamiento de servicios».

**79** Del mismo modo que en la LEC de 1881, los honorarios del perito se encuentran comprendidos entre los conceptos que se consideran costas del proceso (art. 241, apdo. 1, párr. primero, 4.º). En el caso que el condenado en costas impugne la tasación de costas, alegando que el importe de los honorarios del perito es excesivo (art. 245, apdo. 2), se oirá al perito en el plazo de cinco días y, si no aceptara la reducción de honorarios que se le reclame, se pasará testimonio de los autos, o de la parte de ellos que resulte necesaria, pidiéndose dictamen, al Colegio, Asociación o Corporación profesional a que pertenezca (art. 246, apdo. 2, en relación art. 246, apdo. 1).

El Secretario Judicial, a la vista de lo actuado y del dictamen emitido, mantendrá la tasación realizada o, en su caso, introducirá las modificaciones que deban hacerse, remitiéndosela al Tribunal para que éste resuelva, mediante auto, lo que proceda sin ulterior recurso (art. 246, apdo. 3, párr. primero). Si la impugnación fuere totalmente desestimada, se impondrán las costas del incidente al impugnante. Si fuere total o parcialmente estimada, se impondrán las costas al perito cuyos honorarios se hubieran considerado excesivos (art. 246, apdo. 3, párr. segundo).

**80** Exp. de Motivos, apdo. XI, párr. 17.º, *in fine*.

**81** *Vide*, FONT SERRA, E., «El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil»,

cit., págs. 112 y ss.

**82** *Vide*, S.T.S., Sala Primera, de 12 de noviembre de 1985 (Act. Civ. 107/1986): «... si el error en que pudiera haber incurrido el perito es consecuencia de la insuficiencia de la documentación aportada al proceso y sobre la que operó tal perito para emitir su dictamen, no puede olvidarse que dicha insuficiencia es imputable al recurrente ... a cuya disposición debía encontrarse toda o la mayor parte de la documentación del negocio que no aportó al proceso».

«...el recurrente olvida que todas las tachas que atribuye a esta prueba pericial están basadas en que los peritos no tuvieron en su poder los trojes confeccionados al hacer la valoración, y a que este hecho se debe a la negativa de la parte recurrente a exhibirlos, por lo que para prestar su informe tuvieron que fundarse en otros elementos de juicio, suficientes al fin pretendido, y la Sala no se ha apartado de las reglas de la sana crítica, y menos si se tiene en cuenta que de otra suerte quedaría sometida a la decisión de una parte que la prueba tuviera o no eficacia» (S.T.S., Sala Primera, de 22 de diciembre de 1954 (Rep. Jur. Ar., 3014); «... la no práctica, en primera instancia, de las pruebas documental y pericial fue debida exclusivamente a la falta de diligencia de la parte proponente de la misma... y por lo que a la pericial respecta, habiendo comparecido el perito ante el juzgado, con asistencia de los procuradores y letrados de ambas partes, y manifestando que necesitaba ciertos documentos para poder emitir el informe interesado (folio 225 de los autos), la parte proponente de dicha prueba, aquí recurrente, dejó transcurrir el plazo que aún restaba del período probatorio sin instar nada al respecto...» (S.T.S., Sala Primera, de 14 de junio de 1991 (Rep. Jur. Ar., 4414).

**83** «...para que la falta de práctica de la prueba biológica pueda ser considerada como indicio probatorio, junto con otras pruebas, acerca de la paternidad del demandado, se requiere que esa no práctica de la prueba biológica sea debida a una negativa del demandado a someterse a la misma, lo que no ha ocurrido en el presente supuesto litigioso...» (S.T.S., Sala Primera, de 28 de febrero de 1998; Act. Civ. 955/1998).

**84** «... mas la búsqueda de la verdad material y la libertad concedida al juzgador en los términos expuestos, tendentes siempre a la garantía del justiciable, encuentran como refuerzo la obligatoriedad de que practique ciertas diligencias, como oír un informe facultativo y a los parientes más próximos del presunto incapaz, al que examinará por sí mismo (art. 208 CC), sin atenerse a formalismo alguno... de tal manera que el precepto sustantivo contiene una norma imperativa de alcance constitucional (art. 24 CE), que va más allá incluso del principio de inmediación, consagrado también en el art. 120.1 CE, 229.2 LOPJ, y 254, 313, 318, 633 y 634 LEC, para convertirse en un requisito de fondo previo al fallo, como tiene declarado esta Sala en sentencias de 20 de febrero y 12 de junio de 1989 (Actualidad Civil 551/1989 y 940/1989)... En el caso que nos ocupa ocurre: [...] c) la Audiencia, que revocó la sentencia del juez y declaró la incapacidad... ni oyó a los parientes, ni examinó por sí misma a la presunta incapaz, haciendo dejación de una garantía que afecta a un problema multidisciplinario (por no pertenecer absolutamente a la medicina o psiquiatría) y humanamente inserto en criterios sociales carentes de rigurosa fijación, cual señala la ya citada sentencia de 20 de febrero de 1989...» (S.T.S., Sala Primera, de 20 de marzo de 1991 (Act. Civ. 519/1991).

**85** *Vide*, GUASP DELGADO, J., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», T. II, vol. I, 2.ª parte, cit., pág. 599.

**86** «... el de la ratificación del dictamen por el perito a presencia judicial, con intervención de las partes, es el momento legalmente dispuesto para pedir la subsanación y, además de ella, las explicaciones oportunas para el esclarecimiento de los hechos...» (S.T.S., Sala Primera, de 27 de junio de 1983; Rep. Jur. Ar., 3687).

**87** «...aunque las referidas diligencias para mejor proveer no están reguladas con toda la precisión exigible y, en principio, parece que su regulación no comporta límites al carácter potestativo de su utilización por el órgano jurisdiccional, no puede, por talas circunstancias y apariencias llegarse a una conclusión que elimine la autorresponsabilidad probatoria de las partes o, de otra manera, que dicha potestad del juez venga a suplantar la actividad probatoria de las partes de modo total... además de complementarias y de ir dirigidas únicamente a lograr una mejor aclaración o más completa certeza de los hechos por el juzgador deben versar sobre manifestaciones o pruebas que las partes hayan realizado o indicado en el curso de la litis...» (S.T.S., Sala Primera, de 15 de julio de 1997; Act. Civ. 1097/1997).

**88** *Vide*, GUASP DELGADO, J., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», T. II, vol. I, cit., pág. 688, nota 4, proponía la sustitución del término «especiales» por el de «superiores».

Según la jurisprudencia, cuando los conocimientos precisos podían ser proporcionados por peritos individuales, la pericia colegiada era improcedente: «...La parte recurrente mantiene que se trata de una prueba pericial y alega infracción de los arts. 613, 614 y 616 LEC relativos al nombramiento de uno o tres peritos, pero olvida la aplicación del artículo 631 que permite el dictamen pericial a la Academia, Colegio o Corporación oficial, como es el Instituto Nacional de Toxicología, cuando el dictamen pericial exija operaciones o conocimientos científicos especiales. Y éste es el caso de la prueba biológica de paternidad en que las operaciones no están al alcance de peritos individuales, sino de corporaciones públicas, como dicho Instituto o Facultades de Medicina, y ésta es la realidad de los casos que han llegado a esta Sala» (S.T.S., Sala Primera, de 29 de septiembre de 1998; Act. Civ. 35/1999).

**89** «...es cierto que el Instituto Técnico de Materiales y Construcciones que emitió el informe pericial a propuesta del demandante, no tiene carácter oficial, tratándose de una sociedad mercantil anónima, por lo que en principio podría suponer una vulneración de lo dispuesto en el art. 631 LEC, que se refiere en exclusiva a Academia,

Colegio o Corporación oficial. Pero, como se señaló anteriormente, la simple existencia de una infracción procesal no es suficiente para determinar una consecuencia tan grave como la nulidad de actuaciones, ya que se requiere además que... se haya derivado indefensión material y efectiva para la parte que la denuncia...» (S.A.P. de Salamanca, de 22 de abril de 1996 (Rev. Gral. Der., 1996, pág. 7644).

**90** «...Y en similar situación de inviabilidad el otro motivo de casación articulado en el que el demandado recurrente plantea una exigencia de ratificación ante el juez del informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología por mandato judicial, cuya operatividad no está sujeta, como con acierto razona el juzgado de instancia, a aquella ratificación como revela el último inciso del art. 631 de la Ley Procesal Civil, con arreglo a cuyo precepto se pidió el dictamen por el órgano judicial aportándolo a las actuaciones y apreciando su contenido con la libertad de criterio que le atribuye el 632 de la misma Ley, sin que, por lo demás, pueda hablarse de indefensión para la parte recurrente a la que, expresamente, se le puso de manifiesto el contenido del informe...» (S.T.S., Sala Primera, de 23 de diciembre de 1994; Act. Civ. 292/1995).

<sup>91</sup> «...la falta de intervención de las partes en la práctica de la prueba biológica... que no se exigiera la ratificación del informe de la Cátedra de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de Granada... ni por tanto se diera al recurrente oportunidad de solicitar las aclaraciones y explicaciones procedentes, a cuyos efectos se citan como infringidos los arts. 627 y 628 en relación con el 340 párr. final, todos de la LEC... porque el régimen aplicable a los dictámenes periciales que por exigir operaciones y conocimientos científicos especiales sean encomendados por los órganos de instancia... a la Academia, Colegio o Corporación oficial que corresponda... no es el de la prueba pericial en general a que se refieren los arts. 627 y 628 LEC... sino el específico del art. 631, que se encuentra a continuación de aquellos y que, según la doctrina de esta Sala, no exige la ratificación del informe...» (S.T.S., Sala Primera, de 23 de diciembre de 1997; Rep. Jur. Ar., 265). «...En cuanto a la infracción que se dice cometida por la Sala de instancia del artículo 627 LEC en cuanto que en el rollo no consta la ratificación de los profesionales que realizaron la prueba pericial médica, tal y como expresa el citado artículo... Finalmente, comprendido el citado informe entre aquellos a que se refiere el artículo 631 LEC, la Sala a quo cumplió lo ordenado en el párr. 2.º de ese precepto... sin que sean aplicables a estos informes las normas procesales de la pericia ordinaria, entre ellos el de la ratificación judicial...» (S.T.S., Sala Primera, de 26 de septiembre de 1997; Act. Civ. 1230/1997); «... los «informes» a que se refiere el párr. 2.º art. 1707 LEC no son los dictámenes de peritos, sino aquellos que el juez a instancia de cualquiera de las partes pueda pedir a la Academia, Colegio o Corporación Oficial que corresponda, a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo 631 de la propia Ley...» (S.T.S., Sala Primera, de 9 de diciembre de 1988; Act. Civ. 333/1989).

**92** A tenor del art. 1221 C.C., cuando hayan desaparecido la escritura matriz, el protocolo, o los expedientes originales, harán prueba: 1.º Las primeras copias, sacadas por el funcionario público que las autorizara. 2.º Las copias ulteriores, libradas por mandato judicial, con citación de los interesados. 3.º Las que, sin mandato judicial, se hubiesen sacado en presencia de los interesados y con su conformidad. A falta de las copias mencionadas harán prueba cualesquiera otras que tengan la antigüedad de treinta años, siempre que hubiesen sido tomadas del original por el funcionario que lo autorizó u otro encargado de la custodia. Las copias de menor antigüedad, o que estuviesen autorizadas por funcionario público en quien no concurren las circunstancias mencionadas anteriormente, sólo servirán como principio de prueba por escrito. La fuerza probatoria de las copias de copia será apreciada por los Tribunales según las circunstancias.

**93** «..... y, puesto que los arts. 606 y 609 de la Ley Rituaria no hacen mención alguna a la calidad específica que han de reunir los peritos revisores de letras, es correcta la designación de un maestro de instrucción primaria, en la actualidad profesores de EGB, según se desprende de tales disposiciones en relación con el art. 615 de la propia Ley, cuando no existiere en el partido judicial técnico perteneciente al Cuerpo de Archiveros Bibliotecarios, siendo de resaltar, por lo que al caso importa, que el demandado solicitó que la prueba de cotejo de letras propuesta por su antagonista fuese practicada por el Gabinete Técnico de la Dirección General de Seguridad, poco ajustada sin duda a las normas ordinarias de la realización de la pericia en el proceso civil, fuera del supuesto singular contemplado por el art. 631...» (S.T.S., Sala Primera, de 8 de mayo de 1978; Rep. Jur. Ar., 1817).

**94** «... dado que el informe pericial caligráfico, por su propia esencia y naturaleza, ha de llevarse a cabo en consideración a documentos originales y no a fotocopias, por lo que es plenamente acertada y correcta la solución a que llegó el Magistrado-Juez que conoció en la fase de trámite del juicio de que dimanara este recurso de declarar impertinente el aludido medio probatorio a causa de los términos en que viene fundamentada su proposición...» (S.T.S., Sala Primera, de 3 de diciembre de 1985; Act. Civ. 275/1986).

**95** Vide, FONT SERRA, E., «El dictamen de peritos y en reconocimiento judicial en el proceso civil», cit., pág. 175.

**96** «...En este sentido, la información de los detectives privados no puede alcanzar el valor de prueba plena, aunque el informe haya sido ratificado. Estos informes confeccionados por investigadores privados son una especie de testimonios provocados por una relación de arrendamiento de servicios remunerada para la investigación sobre un determinado hecho, cuya versión es proporcionada por quien contrata su intervención; pueden valorarse tales investigaciones como medios para detectar la fuente de la prueba de que luego ha de servirse la parte en el proceso, pero no convertirse en prueba en sí misma, salvo contadísimas excepciones en las que la ratificación de ciertos datos puede valorarse como prueba...» (S.T.S., Sala Primera, de 2 de diciembre de 1997 (Act. Civ. 274/1998).

**97** «...y sostiene que el informe del detective en el que se fundó la apreciación del hecho determinante de la procedencia del despido ha sido declarado falso por el orden jurisdiccional penal. Esta alegación no puede aceptarse. En primer lugar, el informe no es un documento, sino un testimonio documentado o, más exactamente, un testimonio que se prestó en juicio con el apoyo de un documento y de un medio mecánico de reproducción de la imagen de los que menciona el art. 90.1 LPL... Pero aun considerando las fotografías como fuente autónoma de prueba —lo que no puede predicarse del informe que es sólo la expresión escrita de la declaración del testigo, es decir, un testimonio documentado sin más valor que el testifical según reiterada y conocida doctrina—,...» (S.T.S., Sala Social, de 17 de junio de 1996 —Recurso de revisión—; Act. Lab. 1658/1996).

**98** «...El fondo dialéctico que subyace en la formulación de este motivo revisorio por error jurídico y de hecho gira en torno a la eficacia probatoria de los informes de detectives privados y a la preferente veracidad de los mismos en relación con otras pruebas en los autos. A este respecto, conviene significar, desde un principio, que dicho medio de prueba, de habitual utilización ya y, en ocasiones, instrumento dotado de exclusividad para el eficaz control por el empresario del exacto cumplimiento de los deberes exigibles al trabajador no constituye, sin embargo, modalidad fedataria alguna susceptible de conformar una prueba documental con garantía pública. En este sentido es de señalar, reiterando un criterio unánimemente compartido por la doctrina y la jurisprudencia, que dicha prueba no merece, sino, el calificativo de testifical. El valor probatorio de dicha prueba no tiene, por tanto, una especial singularidad, en función de la cualificación profesional de quien la produce, sino que queda sometida al régimen general de valoración conforme a las reglas de la sana crítica, que prevé el art. 659 LEC en relación con todo el conjunto de pruebas practicadas en juicio. Lógicamente, el testimonio emitido por los detectives privados tiene, en favor de su veracidad, no sólo la garantía de profesionalidad exigible y, en principio, presumible en una profesión, reglamentada legalmente, sino también la que, de modo innegable, proporciona la precisa y continuada dedicación al objeto del ulterior testimonio a emitir y las complementarias acreditaciones, gráficas o sonoras, de que, este último, suele ir acompañado. Ello no obsta, obviamente, a la neutralización de dicho medio probatorio por otro u otros, de superior o idéntico valor justificativo, obrantes en los autos...» (S.T.S., Sala Social, de 6 de noviembre de 1990; Act. Lab. 410/1991).

**99** *Vide*, FONT SERRA, E., «El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil», cit., pág. 178.

**100** «... los Tribunales de instancia, en uso de facultades que les son propias, no están obligados a sujetarse totalmente al dictamen pericial, que no es más que uno de los medios de prueba o elementos de juicio (S. 6 de marzo de 1948)...» (SS.T.S., Sala Primera, de 6 de marzo de 1999 —C.D., 99C228— y 25 de enero de 2000 —C.D., 00C163—). «...el juez ni siquiera está obligado a sujetarse al dictamen pericial...» (S.T.S., Sala Primera, de 16 de noviembre de 1999; C.D., 99C1385). «...el juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial...» (S.T.S., Sala Primera, de 26 de noviembre de 1999; C.D., 99C1582).

**101** «... la prueba pericial es, repetimos, de libre apreciación por el juez (sentencias de 9 de octubre de 1981; 19 de octubre de 1982; 13 de mayo de 1983; 27 de febrero, 8 de mayo, 25 de octubre y 5 de noviembre de 1986; 9 de febrero, 25 de mayo, 17 de junio, 15 y 17 de julio de 1987; 9 de junio y 12 de noviembre de 1988; 11 de abril, 20 de junio y 9 de diciembre de 1989). B) Y es que las reglas de la sana crítica no están codificadas, han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana ...» (SS.T.S., Sala Primera, de 11 de abril de 1998 —C.D., 98C618—; 16 de octubre de 1998 —C.D., 98C1541—; 18 de enero de 1999 —C.D., 99C66—; 16 de marzo de 1999 —C.D., 99C345—; 16 de noviembre de 1999 —C.D., 99C1385—, entre otras). «... es reiterada y uniforme doctrina de esta Sala (SS 30 de noviembre de 1992, 8 de noviembre de 1993, 18 de octubre de 1994, 2 de octubre de 1995, 26 de julio de 1996, 24 de noviembre de 1997, 21 de abril de 1998, por citar algunas de las más recientes) la de que la valoración de la prueba pericial es función privativa de los juzgadores de la instancia, a cuyo criterio debe estarse, ya que sujeto su proceso valorativo solo a las reglas de la sana crítica (art. 632 LEC) y no constatadas éstas en normas legales preestablecidas...» (S.T.S., Sala Primera, de 9 de octubre de 1999 —C.D., 99C1339—).

**102** «... aun admitiendo la laxitud del concepto «sana crítica» (especie de standard jurídico o concepto jurídico en blanco o indeterminado) que como módulo valorativo introduce el art. 632 de la L.E.C. citado, para que así aprecien la prueba pericial los Tribunales, es evidente que, el margen amplio de discrecionalidad enjuiciadora que ese precepto permite a los órganos judiciales se corresponde con la naturaleza no vinculante del dictamen pericial (SS. de 25 de octubre y 5 de noviembre de 1986, entre otras), y que sólo accedería a un reajuste casacional cuando la «apreciación» practicada contraríe esa «sana crítica» que no es sino, en un lenguaje propio, el «logos de los razonable», si del juicio por el órgano de tal prueba se hubiese alcanzado una afirmación o resultado irrazonable, por ello mismo, o contrario a las más elementales directrices de la lógica humana...» (S.T.S., Sala Primera, de 13 de febrero de 1990; C.D., 90C183). «...la gran discrecionalidad que tiene el juzgador para apreciar la prueba pericial bajo el rótulo legal de las reglas de la «sana crítica» como parámetro que ha de tener en cuenta, pues una cosa es valorar la prueba de acuerdo ante todo a las normas de la lógica elemental o a las reglas comunes de la experiencia humana, y otra sustituir la ciencia del perito por una valoración arbitraria...» (S.T.S., Sala Primera, de 15 de octubre de 1991; C.D., 91C938). «...la apreciación de la pericial correctamente llevada a cabo, no puede servir de soporte -como aquí se intenta- al recurso fundado en error (SS. 26-6-64 y 7-12-81), salvo que se haya producido la valoración de la misma por el Tribunal con ostensible sinrazón y falta de lógica, reveladoras de arbitrariedad excluyente del criterio de sana

crítica que la legalidad manda observar en la apreciación de esta prueba o que las apreciaciones hechas se ofrezcan sin tener en cuenta la elemental coherencia entre ellas que es exigible en la uniforme y correcta tarea interpretativa (S. 28-4-93)...» (S.T.S., Sala Primera, de 9 de marzo de 1995; C.D., 95C167).

*Vide*, asimismo, SS.T.S., Sala Primera, de 21 de abril de 1982 (C.D., 82C269); 4 de diciembre de 1989 (C.D., 89C1499); 18 de mayo de 1990 (C.D., 90C821); 12 de julio de 1990 (C.D., 90C824); 25 de noviembre de 1991 (C.D., 91C1402); 28 de noviembre de 1992 (C.D., 92C11129); 4 de mayo de 1993 (C.D., 93C385); 10 de marzo de 1994 (C.D., 94C144); 11 de octubre de 1994 (C.D., 94C716); 3 de abril de 1995 (C.D., 95C341); 26 de abril de 1995 (C.D., 95C370); 17 de mayo de 1995 (C.D. 95C423); 19 de febrero de 1996 (C.D. 96C263); 14 de mayo de 1996 (C.D., 96C599); 8 de noviembre de 1996 (C.D., 96C1824); 20 de marzo de 1997 (C.D., 97C513); 10 de noviembre de 1997 (C.D., 97C2416); 11 de abril de 1998 (C.D., 98C618); 5 de octubre de 1998 (C.D., 98C1343); 16 de octubre de 1998 (C.D., 98C1541); 18 de enero de 1999 (C.D., 99C66); 26 de febrero de 1999 (C.D., 99C216); 16 de marzo de 1999 (C.D., 99C345); 21 de octubre de 1999 (C.D., 99C1338); y 16 de noviembre de 1999 (C.D., 99C1385); entre otras.

**103** *Vide*, S.T.S., Sala Primera, de 17 de junio de 1996 (C.D., 96C1086).

**104** *Vide*, S.T.S., Sala Primera, de 7 de enero de 1991 (C.D., 91C60). En análogo sentido, *vide*, SS.T.S., Sala Primera, 28 de enero de 1989 (C.D., 89C204); 30 de noviembre de 1994 (C.D., 94C11113); 28 de junio de 1995 (C.D., 95C1347); 30 de diciembre de 1997 (C.D., 97C2223); 28 de junio de 1999 (C.D., 99C55); 30 de diciembre de 1999 (C.D., 99C1825); y 21 de enero de 2000 (C.D., 00C5), entre otras.

**105** *Vide*, S.T.S., Sala Primera, de 14 de mayo de 1996 (C.D., 96C599).

«... Esta Sala no niega rotundamente el acceso a la casación la posibilidad de revisar los dictámenes periciales emitidos en los procesos civiles, ya que si bien no existen reglas generales que rijan el criterio estimativo y de dichas probanzas, toda vez que los preceptos que se invocan en el motivo no tienen carácter de normas valorativas de prueba a efectos de casación (sentencia de 11 de octubre de 1994, que cita numerosas sentencias anteriores), al someterse la prueba pericial a la libre apreciación de los órganos judiciales de la instancia, sólo cabe su estimación, conforme ya se deja dicho, si el proceso de apreciación y fijación de sus resultados como determinantes del fallo a pronunciar, resulta viciado por arbitrariedad, incoherencia, contradicciones u omisiones manifiestas, que lo presenten plenamente ilógico y atentatorio frontal a los elementales principios que rigen los procesos deductivos, emanados de un actuar intelectual consecuente con el material examinado y trata de alcanzar y definir en conclusiones puntuales y precisas, cuando se atiende a dicha prueba, pues la misma no obliga y menos puede imponerse a los Tribunales...» (S.T.S., Sala Primera, de 15 de julio de 1995; C.D., 95C577).

**106** Aunque la presentación de unos y otros, el reconocimiento de la autenticidad de los mismos, la formación de cuerpos de escritura para el cotejo de letras y la mera ratificación de la autoría de dictamen pericial se lleven a cabo ante el Secretario Judicial (art. 289, apdo. 3).

**107** *Vide*, GÓMEZ COLOMER, J-L., «La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: Sus principales novedades respecto a la legislación anterior», en *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 260.

**108** Cfr. MONTERO AROCA, J., «Derecho jurisdiccional», Valencia, 1991; págs. 221 y ss.

**109** *Vide*, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos», *Colección Ley de Enjuiciamiento Civil 2000*, La Ley, Madrid, 2000; pág. 186.

**110** *Vide*, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos...», cit., pág. 188.

**111** *Vide*, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos...», cit., pág. 196; SANCHÍS CRESPO, C., «La prueba por soportes informáticos», Valencia, 1999, pág. 23.

**112** *Vide* DEVIS ECHANDÍA, H., «Teoría general de la prueba judicial», II, Buenos Aires, 1970, págs. 601 y ss.; DEL AMO, L., «La clave probatoria en los procesos matrimoniales», Pamplona, 1978, p. 53.

**113** SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Sección Sexta. De las presunciones», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. por ALBALADEJO GARCÍA, M.), T. XVI, vol. 2.º, Madrid, 1981, págs. 555 y s.

**114** En el sentido de que la máxima «*praesumptio de praesumptione non admititur*» carece de toda aplicación en nuestro derecho positivo, *vide* SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Artículo 1.249», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVI-2, cit., p. 585 y ss.; MUÑOZ SABATÉ, Ll., «La técnica probatoria», Barcelona, 1967, pág. 190.

**115** *Vide*, SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Artículo 1.250», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, vol. 2.º, cit., págs. 588 y ss.

**116** *Vide*, SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Artículo 1.250», en *Comentarios...*, cit., T. XVI, vol. 2.º, págs. 595 y s.

**117** Desde el punto de vista del litigante contrario comportará el desplazamiento sobre éste de la carga de desvirtuarlo. *Vide*, ROSEMBERG, L., «La carga de la prueba», Buenos Aires, 1956, pág. 195; GUASP DELGADO, J., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», II, Ed. Aguilar, Madrid, 1945, pág. 379.

**118** Vide, ANDRIOLI, V., «Presunzioni», en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1966, pág. 767; GUASP DELGADO, J., «Comentarios a la Ley...», II, cit., pág. 378; MUÑOZ SABATÉ, Ll., «La técnica probatoria», cit., pág. 91.

**119** Vide, SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Artículo 1.251», en *Comentarios al Código Civil...*, cit. pág. 615.