

EL FALLECIMIENTO DEL PERITO DE PARTE DURANTE EL TRANSCURSO DEL PROCESO DECLARATIVO ORDINARIO

1. INTRODUCCIÓN

Durante el desarrollo de un procedimiento ordinario pueden darse situaciones imprevisibles que, más allá del propio contratiempo procesal que puedan acarrear, suponen, principalmente, una triste y lamentable noticia.

Entre ellas se sitúa la que va a ser objeto de análisis en el presente trabajo, que se va a centrar en analizar, desde un punto de vista eminentemente práctico, una situación que no sólo personalmente es traumática, sino que también lo es procesalmente: el fallecimiento o, en su caso, padecimiento de una enfermedad muy grave o repentina por un perito durante la pendencia del procedimiento ordinario.

A pesar de que el supuesto de hecho representa una situación del todo no querida, no deja de ser frecuente en la práctica judicial. Esta circunstancia, unida a la ausencia absoluta de regulación específica en la Ley de Enjuiciamiento Civil, convierte un suceso lamentable en una situación cuando menos compleja desde un punto de vista estrictamente procesal.

Son varios los momentos en los cuales puede producirse el fallecimiento o enfermedad grave repentina del perito de parte tras el inicio del procedimiento ordinario, y muy distintas las consecuencias que pueden derivarse en función del momento procesal de que se trate.

Por este motivo, en el presente trabajo se observará, en primer lugar, el marco normativo y la regulación que se prevén ante el fallecimiento de un perito. A continuación, se identificarán los posibles momentos procesales en los que puede producirse el fallecimiento o la enfermedad grave repentina del perito de una de las partes. Finalmente, se plantearán los posibles problemas que pueden existir en función del momento procesal en el que se encuentre el procedimiento, para acabar proponiendo posibles soluciones o sugerencias que, en atención a la práctica judicial diaria y a la resolución de situaciones previas similares, permitan a las partes minimizar o incluso evitar una crisis procesal que podría llegar a situarles en una posición de debilidad frente a la otra parte o, incluso, de insuficiencia probatoria.

En este sentido, debe aclararse que el objeto del presente trabajo no va a centrarse en analizar cuestiones estrictamente jurídicas, como el eventual valor probatorio de una ratificación de un informe pericial en el acto del juicio, sino que, acorde con la finalidad práctica perseguida, nos plantearemos los problemas que acarrea el fallecimiento o enfermedad grave repentina del perito de parte y propondremos posibles soluciones que —entendemos— pueden existir, sin perjuicio de que, evidentemente, conforme vaya evolucionando la práctica judicial, puedan ir variando o, incluso, descartándose o ampliándose dichas soluciones.

2. LEGISLACIÓN

La primera de las cuestiones que debe analizarse es, sin lugar a dudas, el marco normativo que resultará de aplicación en aquellos casos en los que se produzca el fallecimiento o enfermedad grave repentina de un perito de parte durante el desarrollo de un procedimiento ordinario: la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente incluye las palabras *muerte* o *fallecimiento* en seis preceptos: **(i)** artículo 16, *Sucesión procesal por muerte*; **(ii)** artículo 30, *Cesación del procurador*; **(iii)** artículo 188.3, *Suspensión de las vistas*; **(iv)** artículo 350.4, *Documentos indubitados o cuerpo de escritura para el cotejo*; **(v)** artículo 765.2, *Ejercicio de las acciones que correspondan al hijo menor o incapacitado y sucesión procesal*; y **(vi)** artículo 790.1, *Aseguramiento de los bienes de la herencia y de los documentos del difunto*.

La simple revisión de los títulos de los preceptos anteriores es suficiente para comprobar que en ninguno de ellos se hace referencia a supuestos de hecho en los que intervenga un perito. Ello evidencia una ausencia de regulación específica que permita dar una solución normativa a un supuesto de hecho tan recurrente como puede ser el fallecimiento de un perito durante la propia tramitación de un procedimiento judicial.

Dicha ausencia normativa implica que, para poder hacer frente a las eventuales situaciones procesales ante las que es posible que se encuentren las partes, únicamente sea posible acudir a la realización de un análisis desde

un punto de vista práctico, el cual estará vinculado con la regulación que sí prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil relativa a la concurrencia de situaciones excepcionales que permiten la aportación de dictámenes periciales en momentos procesales posteriores a la regla general de la aportación: junto con los escritos de demanda y contestación de las partes.

3. MOMENTOS PROCESALES EN LOS QUE PUEDE PRODUCIRSE EL FALLECIMIENTO O ENFERMEDAD GRAVE REPENTINA DEL PERITO DE PARTE

Partiendo del supuesto de hecho de que tenga lugar el fallecimiento de un perito de parte durante la pendencia de un procedimiento ordinario, son varios los momentos procesales en los que este se puede encontrar, con consecuencias del todo distintas en función de cada caso.

3.1. Tras la presentación de la demanda o contestación y antes de la celebración de la audiencia previa

El primer momento en que puede producirse el fallecimiento del perito tiene lugar tras la presentación de la demanda o contestación y antes de los cinco días precedentes a la celebración de la audiencia previa.

En este caso, podría suceder que el demandado, al presentar su demanda o contestación, dado el breve margen del que ha dispuesto para preparar su defensa, anunciase mediante *Otrosí* la aportación posterior de un dictamen pericial, que debería producirse en todo caso con cinco días

de antelación a la celebración de la audiencia previa (artículo 336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En este escenario, resulta esencial si, al anunciar el dictamen pericial, se especifica el nombre del perito concreto al que se le ha encargado la preparación del dictamen, aportando incluso la correspondiente hoja de encargo aceptada y firmada por el perito.

¿Podría presentarse dentro del plazo legal establecido dictamen pericial finalmente elaborado por otro perito? ¿Y solicitarse la suspensión de la audiencia previa a los efectos de que el nuevo perito disponga de tiempo para poder elaborar su dictamen?

3.2. Tras la presentación de la demanda o del informe pericial (en el caso de la contestación a la demanda) y antes de la celebración de la audiencia previa

El segundo momento temporal engloba, a su vez, dos supuestos distintos: (i) tras la presentación de la demanda y consiguiente aportación del correspondiente dictamen pericial; y (ii) tras haber sido anunciada la aportación del dictamen pericial en la contestación a la demanda. La situación en ambos casos sería la misma: fallecimiento del perito una vez presentado el dictamen, pero antes de la celebración de la audiencia previa.

¿Cabría la suspensión de la audiencia previa y la posibilidad de presentación de un nuevo dictamen emitido por otro perito? ¿Podría otro

perito hacer suyas las conclusiones del perito fallecido y evitar así la elaboración de un nuevo informe?

3.3. Tras la celebración de la audiencia previa y antes del juicio

El tercer momento procesal en que podría producirse el fallecimiento del perito tendría lugar tras la proposición y admisión de la prueba pericial en el acto de la audiencia previa y antes de la celebración del juicio.

¿Cabría la posibilidad de que un experto pudiese hacer suyas las conclusiones del perito fallecido? ¿Debería permitírsele poder elaborar un nuevo informe? ¿Debería simplemente tenerse por aportado el dictamen, sin que fuera necesaria su ratificación teniendo en cuenta las normas procesales relativas al valor probatorio?

3.4. Tras la celebración del juicio

Finalmente, un último supuesto concurriría en aquellos casos en los que se practicara el interrogatorio de testigos en el acto del juicio y el perito no hubiese podido ratificar su informe pericial en unidad de acto, acordándose en ese mismo que su intervención se llevaría a cabo mediante diligencia final.

Las dudas que se plantean en este caso serían las mismas que para el supuesto anterior, a las que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

4. POSIBLES PROBLEMAS

4.1. En relación con la presentación de los informes

El legislador prevé expresamente, como regla general, que las partes deben aportar los dictámenes periciales en los que apoyan sus pretensiones junto con los correspondientes escritos de demanda y contestación (cfr. artículos 265.1 y 336.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Todo ello, a fin de asegurar el principio de contradicción y el derecho de defensa de ambas partes en el proceso¹.

No obstante, en los apartados 2.º y 3.º del artículo 336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya se prevé la posibilidad de que puedan llegar a concurrir determinadas circunstancias excepcionales que justifiquen una aportación de los informes periciales después de la presentación de los escritos iniciales de alegaciones. Eso sí, en este caso, la carga de justificar la causa o motivos concretos que han motivado dicha presentación tardía pesan sobre la parte que no ha presentado el informe junto con su escrito inicial.

Artículo 336.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“Se entenderá que al demandante le es posible aportar con la demanda dictámenes escritos elaborados por perito por él designado, si no justifica cumplidamente que la defensa de su

¹ Como destaca Rafael Gimeno-Bayon Cobos en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo n.º 842/2010, de 22 de diciembre [Roj: STS 7767/2010], el informe pericial es uno de los elementos probatorios que deben aportarse junto con los escritos de alegaciones iniciales *“con la finalidad de que la contraparte conozca desde el primer momento el fundamento de las pretensiones de contrario”*.

derecho no ha permitido demorar la interposición de aquélla hasta la obtención del dictamen”.

Artículo 336.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“El demandado que no pueda aportar dictámenes escritos con la contestación a la demanda deberá justificar la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar”.

A nuestro juicio, de los preceptos transcritos no resulta controvertido que el fallecimiento del perito designado por una parte deba necesariamente considerarse como un acontecimiento que justifique — cumplidamente— la no aportación de un informe junto con el escrito inicial de alegaciones, en la medida en que (a) la parte demandante no pueda demorar la interposición de la demanda hasta la obtención de un dictamen elaborado por un nuevo perito; o (b) la parte demandada no disponga de tiempo suficiente para designar a un nuevo perito y que este concluya el informe antes del plazo para contestar a la demanda².

Así, en este estadio inicial del procedimiento, el tenor de los apartados 2.º y 3.º del artículo 336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sufre perfectamente la falta de regulación específica acerca de las consecuencias procesales tras el fallecimiento o enfermedad grave del perito de parte.

² De hecho, la enfermedad o fallecimiento del perito son utilizados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo como ejemplos de causas que justifican la aportación de informes periciales en un momento posterior a la presentación de los escritos de alegaciones iniciales: *“El art. 337 de la LEC , al prever la exigencia de que se anuncie el dictamen, posibilita que el dictamen que no se pudo aportar, se aporte posteriormente. Pero no habilita a sustituir el dictamen anunciado, cuando menos si no concurre una causa que pudiera considerarse justificadora ajena a la parte proponente (p.e enfermedad o fallecimiento del perito)”* [Sentencia de 30 de abril de 2009, RJ\2009\4264].

Los problemas derivados de este vacío legal, no obstante, surgen precisamente con el plazo previsto por el legislador para aportar aquellos dictámenes que no se pudieron presentar junto con la demanda o con la contestación.

Según lo dispuesto en el artículo 337.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estos dictámenes habrán de aportarse para su traslado a las contrapartes en cuanto se disponga de ellos “*y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal*”. La Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé ninguna excepción en relación con este plazo de cinco días.

Ciertamente, de forma voluntarista, puede defenderse que el fallecimiento o enfermedad grave repentina del perito designado por una de las partes tras la presentación de los escritos iniciales de alegaciones —en tanto que es un hecho nuevo ex artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— justificaría una aportación del informe en un momento posterior a la celebración de la audiencia previa, i. e., el momento procesal oportuno para la proposición formal y admisión de la prueba o, incluso, tras la celebración del juicio. Todo ello, al amparo de lo dispuesto en los artículos 338 —*Aportación de dictámenes en función de actuaciones procesales posteriores a la demanda. Solicitud de intervención de los peritos en el juicio o vista*— y 435 —*Diligencias finales. Procedencia*— de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, la utilización del régimen dispuesto en los artículos 338 y 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede incidir de forma negativa en el principio de igualdad de armas. La Sala Primera, en su sentencia n.º 872/2010, de 27 de diciembre³, tras destacar la relevancia capital de los informes periciales sostenía que *“el respeto a los principios de contradicción, de interdicción de la indefensión y de igualdad de armas en el proceso exige que las partes tengan conocimiento desde el inicio del procedimiento de todos los elementos sustanciales en que la parte contraria funda su pretensión”*.

Por ello, la presentación de un informe una vez celebrada la audiencia previa como consecuencia del fallecimiento del perito designado puede no ser la solución óptima para una buena resolución del proceso.

En nuestra opinión, todas las partes deben poder examinar los dictámenes periciales elaborados antes de la celebración de la audiencia previa y, en consecuencia, proponer la prueba correspondiente teniendo conocimiento del contenido de los dictámenes periciales (o al menos, si se trata de un informe de los del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, practicar la prueba conociendo su contenido). Sin embargo, tampoco consideramos que la solución pase por impedir la presentación del informe a la parte cuyo perito fallece en ese momento procesal.

³ Magistrado ponente: Juan Antonio Xiol Rios [Roj: STS 7351/2010].

Ante la incertidumbre y los problemas que resultan de la falta de una regulación específica al respecto, en este trabajo se propone como solución de *lege ferenda* la introducción de un precepto en la Ley de Enjuiciamiento Civil que prevea que, una vez comunicada la defunción del perito designado, el Juzgado acuerde la suspensión de la vista —ya sea de audiencia previa o de juicio— y requiera a la parte cuyo perito ha fallecido para que proceda a la designación de uno nuevo a la mayor brevedad, indicando un plazo máximo para la presentación de este informe oídas todas las partes, así como la identificación del nuevo perito designado.

4.2. En relación con la ratificación de los informes

En el epígrafe anterior, se han analizado los problemas derivados del fallecimiento del perito designado antes de que este hubiera podido concluir su informe. A continuación, nos centraremos en los problemas que el fallecimiento de uno de los peritos puede provocar en sede de ratificación.

Asumamos el siguiente supuesto de hecho: la parte actora acompaña junto con su escrito de demanda un informe pericial firmado únicamente por un experto. La parte demandada, a su vez, presenta un informe que analiza —y contraargumenta— el dictamen pericial aportado de adverso. En la audiencia previa —en virtud de lo dispuesto en el artículo 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— se proponen formalmente ambos informes y son admitidos por el Juzgado, así como la posterior

ratificación del perito en el acto del juicio. Sin embargo, en el ínterin que transcurre tras la audiencia previa y la celebración del juicio, fallece el perito de una de las partes.

Ante esta circunstancia, la parte cuyo perito ha fallecido se encuentra con un informe pericial presentado y admitido por el Juzgado, pero que no podrá ser ratificado por su autor en el acto del juicio.

Como se ha avanzado en la introducción, no es el objeto de este trabajo analizar la relevancia que tiene la ratificación de un informe en el acto del juicio. No obstante, en relación con este punto sí queremos dejar apuntados, por un lado, el auto nº 184/2009, de 11 de septiembre de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla [AAP SE 2377/2009], que señala que:

“Los peritos tienen en el juicio o vista la intervención solicitada por las partes, si el tribunal la admite, para alguna o algunas de las finalidades que establece el at. 347.1 de la LEC, entre las que no se encuentra la necesidad de ratificar el dictamen. En este caso el fallecimiento del perito imposibilitó su presencia en la vista, pero ello no obsta a la plena eficacia probatoria del dictamen”.

Y, por otro, la sentencia nº 99/2012, de 1 de marzo de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante [Roj: SAP A 551/2012] que rechaza la denuncia del recurrente acerca de la no suspensión del acto del juicio ante el fallecimiento de uno de los peritos por las siguientes tres razones:

“En primer lugar, no se indica cuál es el precepto de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil que prevea la necesidad de la suspensión del acto del juicio por el fallecimiento del perito por lo que resultó acertada la decisión adoptada en la Providencia de fecha 10 de noviembre de 2010 en el sentido de que el informe ya aportado

podía ser objeto de valoración sin necesidad de aclaraciones ni de su ratificación. En segundo lugar, no consta que la ausencia del referido perito haya producido indefensión a la apelante porque también propuso la pericial de Don Marcos quien sí compareció en el acto del juicio y cuyas conclusiones eran sustancialmente coincidentes con las contenidas en el informe de Don Ezequiel . En tercer lugar, si la sana crítica es el criterio de valoración de la prueba pericial según dispone el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ello incluye dar prevalencia al informe aportado por una parte respecto del aportado por la otra”.

De hecho, la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge expresamente que la comparecencia de los peritos autores de dictámenes en el acto del juicio no es imperativa. La mera admisión de un informe pericial no presupone que su autor deba ratificarlo oralmente. En el artículo 337.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil se dispone que las partes litigantes “*habrán de manifestar*” si desean la comparecencia de los peritos autores de los dictámenes.

Ahora bien, si —como en el supuesto de hecho planteado— se ha solicitado —y admitido— la comparecencia del perito, se debe a que la parte la ha considerado útil y relevante para resolver sobre los hechos controvertidos fijados con anterioridad⁴. Precisamente el citado artículo 337.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil recoge la utilidad que la comparecencia de los peritos tiene en determinados procedimientos a fin de “*exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para*

⁴ Si bien no se puede desconocer que, en ocasiones, la parte solicita la ratificación del perito que ha designado como respuesta estratégica a la petición realizada por la contraparte de que ratifique su perito a fin de que el Juzgado oiga a ambos peritos y no únicamente a uno de los dos.

entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito”.

Ante esta situación, y a pesar de que —como destacó el magistrado D. Pedro José Vela Torres en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (Roj: STS 1207/2016)— *“no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, ni las reglas de la sana crítica están catalogadas o predeterminadas”*, lo cierto es que en la práctica procesal la crítica oral de dictámenes de parte —y, como norma general, opuestos entre sí— ha resultado fundamental para que el Juzgado o Tribunal se decante por otorgarle mayor valor probatorio a uno u otro.

Así se puede observar, por ejemplo, en el razonamiento contenido en el fundamento de derecho tercero de la sentencia firme de 10 de octubre de 2016 del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona (Juicio ordinario 54/2016-D3) dictada por el magistrado D. Eduardo Pastor Martínez, en la que analiza dos periciales, la del Sr. A y la del Sr. B, para acabar decantándose por la del Sr. B por, entre otras razones, la solvencia de ese perito en el acto del juicio:

“Otro apunte relevante es lo que, en el solo sentido que ahora examinamos, se desprende de la pericia técnica aportada por la actora y de la crítica oral de su dictamen. Porque, durante el acto de la vista, el perito Sr. A quiso poner en valor, como trazo preciso para la delimitación de ese cuerpo de secretos, otras obviedades. (...)

Puede reconocerse un mayor poder de convicción al dictamen emitido por el perito Sr. B (...), por las siguientes razones: (...) Con solvencia, el perito explicó durante el acto de la vista que el lenguaje

informático no es un mero “idioma”, sino que está llamado a desarrollar una “funcionalidad”, entre otros extremos respecto de la “reutilización de datos”.

Además, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2016 [MP: Ángel Fernando Pantaleón Prieto]⁵, se destaca también la ratificación judicial del informe como un elemento a tener en cuenta en la valoración de la prueba pericial:

“g) A falta de pericial judicial, frente al dictamen de la parte actora («apresurado y poco motivado») se estima más adecuado el dictamen de los demandados, emitido por un experto urbanista, motivado y ratificado judicialmente...”.

De hecho, en su sentencia nº 248/2014, de 4 de junio, la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona⁶, la Sala revocó la condena en costas impuesta en primera instancia al demandante sobre la base de que éste no pudo interrogar a su perito en el acto del juicio como consecuencia de su fallecimiento:

“Examinadas las circunstancias concurrentes en el caso de autos, estimamos que concurren motivos que justifican la no imposición de las costas al actor no obstante haberse dictado una sentencia desestimatoria de la demanda. Como bien señala el recurrente, la sentencia de instancia, después de señalar que existen versiones contradictorias y que la prueba pericial se constituye en prueba fundamental ya que es en dicho informe pericial aportado por la actora en el que se debía basar la prueba sobre la relación de causalidad y el origen o causa de los daños por los que se reclama, absuelve a la demandada porque no pudo practicarse esta prueba fundamental (refiriéndose a la prueba pericial) para la determinación del origen de los daños por el fallecimiento del perito. Es evidente que dicha circunstancia imprevisible no es imputable al actor, quien

⁵ Roj: STS 4631/2016

⁶ Roj: SAP B 7051/2014

vio frustradas sus expectativas de que fuera acogida su pretensión por la imposibilidad de que compareciera a juicio el perito que elaboró el informe”.

Sin embargo, y pese a la relevancia que hoy en día tiene —y seguirá teniendo— la crítica oral de informes periciales, nada se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de las consecuencias que tiene en el proceso el fallecimiento de uno de los peritos cuya ratificación en juicio había sido admitida en el acto de la audiencia previa. Puede defenderse que la regulación de las diligencias finales contenida en el artículo 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite, ante el acontecimiento de este no deseado suceso, la presentación de un nuevo informe y que el nuevo perito lo ratifique tras la celebración del juicio⁷.

No obstante, otra vez, la relevancia que puede tener la ratificación en el resultado del procedimiento nos lleva a resistirnos a acoger esta como la solución óptima, si bien no negamos que, con la redacción actual, la regulación de las diligencias finales tutela el derecho de defensa de la parte cuyo perito ha fallecido sin poder ratificar su informe. Ello, fundamentalmente, por el derecho de defensa de la otra parte y a fin de preservar el principio de igualdad de armas.

Es una norma fundamental del proceso civil que “*todas las pruebas se practicarán en unidad de acto*” (artículo 290 de la Ley de

⁷ Así se posicionan, por ejemplo, ASECIO MELLADO, J. M. y MAGRO SERVET, V.: *La aportación de documentos en primera y segunda instancia y la proposición de prueba en la fase del recurso de apelación*, Madrid: La Ley, 2007, pp. 34-35.

Enjuiciamiento Civil), regulándose a renglón seguido que las declaraciones de peritos se practicarán, salvo que se acuerde un orden distinto, tras el interrogatorio de las partes y de los testigos (artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por ello, entendemos que la presentación de un nuevo informe y su ratificación tras la celebración del juicio (una vez se conoce el resultado de la prueba practicada) pueden, precisamente, generar el efecto que se quiere evitar y colocar a una de las partes en una situación de desigualdad, en tanto en cuanto el perito sustituto del fallecido no solo contará para la elaboración del informe con el informe del perito fallecido sino con el resultado de toda la prueba obrante en autos así como la practicada en el acto del juicio (incluyendo el interrogatorio del perito de la otra parte cuyo dictamen debe contra-argumentar). Por este motivo, en el apartado siguiente se ofrecen soluciones, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*.

5. POSIBLES SOLUCIONES

Como se ha apuntado en los apartados anteriores, la Ley de Enjuiciamiento Civil no regula la situación procesal de sustitución del perito para el caso de fallecimiento o enfermedad.

Esta situación genera en la práctica disparidad de criterios —en ocasiones, totalmente opuestos— y, a la postre, inseguridad en los operadores

jurídicos. Para percatarse de ello basta con revisar las siguientes tres resoluciones judiciales que responden, todas ellas, al mismo supuesto de hecho: fallecido el perito de la parte demandada, el perito Sr. A, la parte demandada solicita al Juzgado que se permita a la perito Sra. B —quien, pese a que no firma el informe, auxilió al Sr. A en la elaboración del mismo— ratificar en el acto del juicio del informe firmado por el Sr. A:

Se admite la sustitución	No se admite la sustitución
<p>Providencia del Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Barcelona de 18 de enero de 2018 (PO: 675/2016):</p> <p><i>“Se acuerda aceptar la declaración de la perito Sra. B propuesta por la parte demandada como miembro de la sociedad para la que trabajaba el fallecido y conocedora del dictamen de autos. Se fundamenta la decisión en la protección del derecho de defensa de la parte demandada y el derecho a la tutela judicial efectiva y la evitación de dilaciones procesales, puesto que la alternativa para proteger el derecho de defensa de la actora sino se permite la ratificación por quien ahora se propone pasaría por permitir a la demandada aportar dictamen emitido por otro perito”.</i></p>	<p>Providencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Aranjuez de 22 de noviembre de 2017 (PO 482/2016):</p> <p><i>“Respecto de la petición de declaración como perito de la Sra. B en sustitución del Sr. A, desgraciadamente fallecido, no ha lugar al no constar participación en la elaboración del informe aportado”.</i></p> <p>Providencia del Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Madrid de 27 de noviembre de 2017 (PO 982/2016):</p> <p><i>“(S)e tienen por hechas las manifestaciones respecto del fallecimiento del perito Sr. A (...). No ha lugar a la sustitución que propone el demandado al no constar como firmante del informe aportado la Sra. B”.</i></p>

Ante esta situación, a continuación se proponen soluciones para, siempre dentro del marco legal vigente, evitar que el fallecimiento del perito designado pueda tener un impacto en el resultado del pleito o para, en la medida de lo posible, minimizarlo.

5.1. Elaboración del informe por varios peritos

Esta opción, cada vez más extendida en la práctica, permite minimizar riesgos. En cualquier caso, aunque el dictamen pericial se firme por dos personas, es recomendable asimismo incluir una mención en el propio cuerpo del dictamen indicando expresamente que cualquiera de los firmantes puede ratificar de forma indistinta todo el cuerpo del dictamen.

5.2. Especificación del nombre de los ayudantes en el escrito de contestación

Incluir en el cuerpo del informe los integrantes del equipo que han ayudado al perito/s firmante/s en la realización del dictamen pericial incluyendo *(i)* sus nombres; *(ii)* su formación académica; y *(iii)* la manifestación contenida en el artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De esta manera, si bien es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Civil no regula expresamente la posibilidad de sustituir la ratificación del perito firmante por uno de sus ayudantes, la petición de sustitución del perito firmante por sus ayudantes en caso de fallecimiento estará, si cabe, más justificada por la plena acreditación de que los ayudantes cumplen con los requisitos de los artículos 335 y 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5.3. Solicitar, con carácter subsidiario, el interrogatorio de los ayudantes / confirmantes del informe para el eventual caso de que el perito firmante falleciera

Otra vez, en la práctica, no es infrecuente que las partes soliciten en el acto de la audiencia previa que se permita la ratificación del informe por alguno de los autores del informe, sin indicar expresamente cuál de ellos.

5.4. Acordar con el resto de litigantes una solución ante el fallecimiento del perito de una de las partes

Esta opción en la práctica resulta muy interesante y ahorra costes — y un eventual conflicto acerca de cómo tratar la sucesión del perito fallecido—. Así, por ejemplo, un posible pacto podría consistir en que las partes acuerden que, ante el fallecimiento de uno de los peritos, todas las partes renunciaran a la ratificación de sus peritos.

5.5. Revisor

Otra solución que cada vez es más utilizada en los dictámenes periciales consiste en la figura del revisor, mediante la cual el informe detalla el experto o expertos que lo han realizado, así como el experto con mayor experiencia que ha supervisado dicha preparación y redacción y que, en última instancia será el responsable de su defensa.

5.6. CD

Esta última opción únicamente sería posible en aquellos casos en los que el objeto del pleito se base en un mismo contrato (por ejemplo, un

producto bancario) suscrito con distintos clientes pero cuyo contenido y características son siempre las mismas y respecto del cual se han desarrollado numerosos procedimientos judiciales. Circunstancia que implicaría que la explicación general del contrato incluida en los distintos informes elaborados por el perito coincidiera en todos los casos.

Como consecuencia de lo anterior, podría aportarse al procedimiento un CD en el que se incluyese la grabación de otro juicio en el que, lógicamente, el perito fuera el mismo y se analizaran las características generales del contrato, el cual sería el mismo también.

De esta forma, el Juez podría ilustrarse respecto de las aclaraciones solicitadas relativas a las características principales de dicho contrato.

6. CONCLUSIÓN

Una vez acotado el supuesto de hecho (el fallecimiento o enfermedad grave repentina del perito de parte), analizada la legislación aplicable, observados los posibles momentos procesales en los que puede producirse, los problemas que ello puede conllevar y, finalmente, las posibles soluciones que existirían, son varias las conclusiones que pueden alcanzarse y que detallaremos a continuación de forma resumida.

6.1. Firma del dictamen por dos expertos

La principal y, probablemente, más importante de todas ellas es la necesidad, por no decir obligación, de que todo dictamen pericial vaya

siempre y en todo caso firmado por, como mínimo, dos expertos que sean capaces de ratificar en juicio todo el contenido del informe. Aunque pueda parecer una cuestión menor o irrelevante es, sin lugar a dudas, esencial.

Es cierto que ello puede conllevar un aumento del coste del dictamen pericial, sin embargo, pasará a ser una cuestión menor si ello se pondera con los hechos que están siendo objeto de discusión y el peso probatorio que tiene la prueba pericial en la resolución del conflicto.

La firma del dictamen por dos expertos en la materia aportará una gran flexibilidad en este tipo de situaciones, así como en relación con su disponibilidad de cara la ratificación en juicio e, incluso, podría llegar a dotar al informe de mayor fuerza probatoria, teniendo en cuenta la existencia de dos peritos que se pronuncian en un mismo sentido.

6.2. Momentos procesales analizados

Teniendo en cuenta los momentos procesales que se han analizado en los apartados anteriores, nuestras conclusiones respecto de cada uno de ellos son las siguientes:

- Tras la presentación de la demanda o contestación y antes de la celebración de la audiencia previa

Este primer supuesto parece el menos controvertido de los analizados, debido al momento inicial en el que se encuentra el proceso y al hecho de que todavía no consta aportado el dictamen

pericial cuando se produce el fallecimiento o enfermedad grave repentina del perito de parte.

En efecto, en el caso tanto de la demanda como de la contestación que no acompañe dictamen pericial, todo parece indicar que la respuesta judicial debería consistir en la suspensión de la audiencia previa, en el caso de que estuviese señalada, y volver a señalarla en un plazo prudencial que le permita a la parte afectada buscar a un nuevo perito que pueda analizar la controversia y preparar el dictamen pericial para su aportación hasta cinco días ante de la audiencia previa.

- Tras la presentación de la demanda o del informe pericial (en el caso de la contestación a la demanda) y antes de la celebración de la audiencia previa

La situación resulta más controvertida en aquellos supuestos en los que el fallecimiento o enfermedad grave repentina se produce una vez presentado el dictamen pericial y antes de la celebración de la audiencia previa.

En estos casos, al igual que en el anterior, entendemos que procedería igualmente la suspensión de la audiencia previa y la posibilidad de la parte de poder aportar un nuevo dictamen elaborado por otro experto.

Ahora bien, la afirmación debería matizarse en aquellos supuestos en los que fallece el perito de la parte actora cuyo informe ha sido presentado junto con la demanda. Ello por cuanto con toda probabilidad el dictamen pericial acompañado con la contestación a la demanda contraargumentará el de la parte actora.

Por este motivo, una vez presentado nuevamente el informe de la parte actora, debería concedérsele a la demandada la posibilidad de rectificar su informe y adaptarlo a las nuevas alegaciones que puedan incluirse en el informe de la parte actora.

— Tras la celebración de la audiencia previa y antes del juicio

El supuesto más controvertido resulta, sin lugar a dudas, el caso en el que la prueba pericial ha sido propuesta y admitida en el acto de la audiencia previa y el perito de parte fallece o enferma de gravedad repentinamente con carácter previo a su ratificación en el acto del juicio.

La solución más acertada desde un punto de vista de la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa de la parte afectada con la que nos mostramos del todo favorables, consistiría en la suspensión del juicio y elaboración de un nuevo dictamen pericial con traslado del mismo a la parte contraria para, en su caso, modificar el dictamen pericial a su vez aportado y los contraargumentos incluidos en el mismo.

Ahora bien, desde un punto de vista de economía procesal, también cabría la posibilidad de que un experto asumiera como suyas las conclusiones alcanzadas en el dictamen emitido por el perito fallecido. De esta forma, el perito sustituto podría acudir al acto del juicio y realizar todas las aclaraciones que fueran necesarias.

Finalmente, teniendo en cuenta que la falta de ratificación del perito respecto de su dictamen en ningún caso conllevará su inadmisión o la eliminación de su valor probatorio, es muy probable que en la mayoría de los casos, el fallecimiento o enfermedad grave repentina del perito conllevará la imposibilidad de cualquier sustitución, debiendo el Juez en cualquier caso valorar el contenido del dictamen aportado, sin haber practicado la correspondiente ratificación.

— Tras la celebración del juicio:

Al presente caso le resultaría íntegramente de aplicación la conclusión alcanzada en el supuesto anterior.

En cualquier caso, no puede olvidarse que las presentes situaciones serán en todo caso resueltas por parte del Juez que conozca del procedimiento, motivo por el que, teniendo en cuenta la ausencia de regulación específica, dependerá íntegramente de su criterio y, por tanto, nos podremos

encontrar con que, ante un supuesto de hecho idéntico, la decisión adoptada sea completamente dispar a la de otro compañero de la carrera judicial.

A modo de cierre, tampoco puede dejar de hacerse mención a una figura que resultará esencial en la resolución de estos posibles escenarios, como es la buena fe del letrado contrario. Ninguna duda cabe de que la posición adoptada por el abogado contrario tendrá un papel decisivo en la adopción de la decisión por parte del Juzgado.