

## PATOLOGÍAS DE LA AUDIENCIA PREVIA (III): FORMULACIÓN Y ADMISIÓN DE PRUEBA PERICIAL. CUESTIONES A CONSIDERAR EN LA AUDIENCIA PREVIA

---

**1. Introducción.**— En la tercera y última entrega de esta serie de artículos centraremos nuestra atención en la prueba pericial. En concreto: **(i)** repasaremos los criterios generales de admisibilidad de las pruebas periciales, centrandó nuestra atención en los argumentos que pueden utilizarse en la audiencia previa para discutir la admisión de las periciales aportadas o anunciadas con los escritos iniciales; y **(ii)** analizaremos en qué supuestos las pruebas periciales pueden proponerse o aportarse en el propio acto de la audiencia previa.

**2. Regla general. Aportación o anuncio de la prueba pericial en los escritos iniciales. Argumentos para discutir la admisibilidad de estas periciales en la audiencia previa.**— La audiencia previa es el momento procesal en el que el juzgador debe pronunciarse sobre la admisibilidad de la prueba pericial.

Como cualquier otro medio probatorio, el dictamen pericial que se pretenda aportar debe reunir los requisitos de licitud, pertinencia<sup>1</sup> y utilidad recogidos en el artículo 283 de la Ley de E. Civil. Además, la especial naturaleza e importancia de esta prueba determina que el legislador imponga a los proponentes el cumplimiento de otra serie de requisitos. Requisitos que a continuación analizaremos desde la perspectiva de su impugnación en el acto de la audiencia previa, al objeto de discutir la admisión de la pericial propuesta de adverso. Veámoslos:

- a. En primer lugar, el objeto del informe debe referirse a cuestiones técnicas, científicas, artísticas o prácticas, que escapen del conocimiento del juzgador<sup>2</sup>, tal y como recoge el artículo 335.1 de la Ley de E. Civil. Esta configuración de la prueba pericial cierra la puerta a la posibilidad de aportar dictámenes que tengan por objeto

---

<sup>1</sup> El legislador ha reforzado el requisito general de pertinencia exigiendo que los hechos que pretendan acreditarse mediante un informe pericial no sólo sean controvertidos sino que además sean *principales* y no accesorios. Así se desprende del artículo 335.1 LEC: “*para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto*”.

<sup>2</sup> Como bien apunta J. Montero Aroca (*La prueba en el proceso civil*, 2011, Aranzadi, 6ª Edición, pág. 345), “*La pertinencia y utilidad de la prueba deben medirse objetivamente, no en atención a los conocimientos particulares que pueda tener un juez determinado, porque los conocimientos que tenga privadamente un juez de primera instancia no han de tenerlos necesariamente los magistrados que conozcan del recurso de apelación*”. En contra de esta opinión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1472) y 10 de febrero de 1994 (RJ 1994, 848).

la interpretación del Derecho nacional o los conocimientos que son propios de una persona con cultura media.

Este requisito afecta no sólo al objeto en sí de la pericial, sino especialmente a aquellas valoraciones que puedan realizar los peritos en su dictamen. No en pocas ocasiones un detallado análisis de la prueba pericial permite su impugnación por exceder los peritos el ámbito objetivo de la prueba al incluir valoraciones o apreciaciones de carácter jurídico.

- b.** En segundo lugar, la Ley Procesal exige que el informe contenga el juramento o promesa del perito de decir verdad y de haber actuado con la mayor objetividad posible (*vide* artículo 335.2 de la Ley de E. Civil).

Resulta evidente que la inclusión o ausencia de este «juramento» no determina la parcialidad o imparcialidad de la prueba pericial. De hecho, la Ley de E. Civil habilita mecanismos específicos para denunciar la parcialidad de los peritos que intervienen en un procedimiento judicial<sup>3</sup>.

No obstante, existe cierto debate doctrinal y jurisprudencial sobre si la omisión de este «juramento de imparcialidad» permite la impugnación de la prueba pericial en la audiencia previa —limitando su eficacia en el procedimiento al de prueba documental privada—. A nuestro juicio, no hay elementos que permitan defender que el legislador quiso excluir el contenido del artículo 335.2 de la Ley de E. Civil del principio de subsanabilidad previsto en el artículo 231 de la misma Ley.

En consecuencia, tanto en la audiencia previa —como en su caso, en el propio interrogatorio al perito en el acto del juicio— puede subsanarse la omisión de la formalidad de incluir el «juramento de imparcialidad» en los informes periciales aportados por las partes al procedimiento.

- c.** En tercer lugar, la admisión de este medio probatorio está condicionada al momento en el cual tiene lugar la aportación o anuncio del correspondiente dictamen.

Como regla general, los dictámenes periciales deben aportarse con la demanda o la contestación. Así se establece en el artículo 265.1.4º de la Ley de E. Civil y se

---

<sup>3</sup> En primer lugar, la posibilidad de recusar a los peritos prevista en los artículos 124 y siguientes de la Ley de E. Civil. Pero también, la posibilidad de solicitar la nulidad de actuaciones por haber conculcado lo dispuesto en el artículo 335.2 de la Ley de E. Civil, causando efectiva indefensión a una de las partes del procedimiento (*vide* sentencia núm. 237/2011 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo).

reitera en el artículo 336.1 de la misma Ley<sup>4</sup>. Sin embargo, en los casos en que “*no les fuese posible a las partes*” aportar los informes con su demanda o contestación (artículo 337.1 de la Ley de E. Civil<sup>5</sup>) se permite su aportación con antelación a la audiencia previa. Las causas que pueden fundamentar la aplicación de la excepción pueden ser objetivas o imputables a la otra parte (por ejemplo, porque no permita el acceso al bien litigioso, cuando este sea objeto de la pericia).

En el caso de la contestación, dado lo perentorio del plazo, la práctica forense ha derivado en una presunción a favor del demandado de la imposibilidad de aportar el informe con el escrito inicial<sup>6</sup>. De este modo, la excepción ha ganado terreno a la regla general hasta el punto de que lo más habitual es que el demandado anuncie la aportación de un dictamen en la contestación y lo aporte al menos cinco días antes de la celebración de la audiencia previa<sup>7</sup>.

Sin embargo, en el caso de la parte actora existe la presunción legal de que le resulta posible aportar el dictamen pericial con la demanda<sup>8</sup>. Frente a esta presunción cabe prueba en contra, pero se le exige que justifique “*cumplidamente*” (artículo 336.3 de la Ley de E. Civil) no sólo que no pudo obtener el informe pericial en el momento de presentar la demanda sino también que “*la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquélla hasta la obtención del dictamen*”<sup>9</sup> (por ejemplo, a causa del plazo de caducidad o prescripción de la acción). La justificación de esta diferencia de trato responde a la necesidad de garantizar que el principio de contradicción se mantenga incólume.

---

<sup>4</sup> Art. 336.1 LEC: *Los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación si ésta hubiere de realizarse en forma escrita, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337 de la presente Ley.*

<sup>5</sup> Art. 337.1 LEC: *Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por ellas designados junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal.*

<sup>6</sup> *Vide*, por ejemplo, la sentencia de 11 de mayo de 2011 de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid (JUR 2011, 294188).

<sup>7</sup> La reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, introduce este plazo de cinco días de antelación respecto de la audiencia previa para impedir el abuso de la aportación sorpresiva de informes periciales el mismo día de la audiencia previa. El Tribunal Supremo reprobó en varias ocasiones esta práctica, por ejemplo en su sentencia de 27 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1783).

<sup>8</sup> Art. 336.3 LEC: *Se entenderá que al demandante le es posible aportar con la demanda dictámenes escritos elaborados por perito por él designado, si no justifica cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquélla hasta la obtención del dictamen.*

<sup>9</sup> Véase, por todos, el auto del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (LA LEY 184277/2009).

Por último, no puede olvidarse la opción que tienen las partes de solicitar en sus escritos iniciales que sea el órgano judicial quien designe a un perito para la elaboración del dictamen (*vide* artículo 339.2 de la Ley de E. Civil). Ahora bien, precisamente porque la falta de incorporación de la prueba pericial junto a la demanda reduce sustancialmente las posibilidades de defensa del demandado — pues le obliga a articular su defensa sin tener a la vista la prueba pericial— la solicitud de designación de perito por parte del juzgador se configura como un medio de prueba residual (aunque en la práctica no siempre se aprecie este carácter).

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley de E. Civil recuerda que el legislador ha hecho recaer sobre las partes la carga de acreditar aquellas cuestiones de carácter técnico o científico que quieran hacer valer en el procedimiento, reservándose la prueba pericial judicial para supuestos en que resulte estrictamente necesario<sup>10</sup>.

En definitiva, el demandante tiene la carga de probar cuantos hechos entienda precisos para acreditar sus pretensiones (artículo 400 de la Ley de E. Civil). Y si la propia actora, que tiene la facultad de fijar los términos del debate a su antojo, incumple las obligaciones derivadas del *onus probandi*, será ella la que deba soportar las consecuencias que a esas deficiencias anuda nuestro ordenamiento jurídico (artículos 269, 217.1 y 217.2 de la Ley de E. Civil).

Así las cosas, la solicitud de designación judicial de perito no puede ser un cauce para defraudar el equilibrio de garantías procesales tan cuidadosamente articulado por el legislador en los artículos 336, 337 y 338 de la Ley de E. Civil.

A continuación profundizaremos en esta cuestión y diferenciaremos los supuestos en los que sí que está permitida la aportación tardía de informes periciales cuya pertinencia ha sobrevenido durante la tramitación del proceso.

**3. La proposición o aportación de pruebas periciales en la Audiencia Previa.—** Sin perjuicio de la regla general —analizada en el apartado precedente—, el artículo 338.1

---

<sup>10</sup> “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**”.

de la Ley de E. Civil<sup>11</sup> otorga a las partes la posibilidad de proponer en la propia audiencia previa la incorporación de una nueva prueba pericial o la ampliación de aquellos dictámenes que ya hayan sido aportados al procedimiento.

La correcta admisibilidad de esta pretensión no descansará tanto en el trámite de proposición de prueba de la audiencia previa (artículo 429 de la Ley de E. Civil) como en uno anterior: la fase de alegaciones o pretensiones complementarias y aclaratorias prevista en el artículo 426 de la Ley de E. Civil<sup>12</sup>. En efecto, el fundamento de esta posibilidad reside en supuestos concretos que determinan que la aportación del dictamen pericial deba hacerse con posterioridad a la demanda y a la contestación porque son consecuencia de las distintas posibilidades alegatorias que el proceso otorga a las partes<sup>13</sup>.

Únicamente si nos encontramos en los supuestos del artículo 426 de la Ley de E. Civil, las partes podrán solicitar la incorporación a los autos de una prueba pericial *ex novo* que, en caso de ser admitida por el Juzgado, deberá aportarse con una antelación de al menos cinco días a la fecha de celebración del juicio indicando, asimismo, si requerirán la asistencia del perito al acto del juicio (artículo 338.2 de la Ley de E. Civil<sup>14</sup>).

Dado su carácter de excepción a la regla general, los supuestos en los que cabría solicitar estas pruebas periciales en la audiencia previa serían los siguientes:

---

<sup>11</sup> Art. 338.1 LEC: *Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación a los dictámenes cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia, a tenor del artículo 426 de esta Ley.*

<sup>12</sup> Art. 426 LEC: *1. En la audiencia, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos, podrán efectuar las alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario. 2. También podrán las partes aclarar las alegaciones que hubieren formulado y rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos. 3. Si una parte pretendiere añadir alguna petición accesorio o complementaria de las formuladas en sus escritos, se admitirá tal adición si la parte contraria se muestra conforme. Si se opusiere, el tribunal decidirá sobre la admisibilidad de la adición, que sólo acordará cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad. 4. Si después de la demanda o de la contestación ocurriese algún hecho de relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito, o hubiese llegado a noticia de las partes alguno anterior de esas características, podrán alegarlo en la audiencia. Será de aplicación a la alegación de hecho nuevo o de nueva noticia lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 286.*

<sup>13</sup> Véase, en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2011 (RJ 2011,2774).

<sup>14</sup> Art. 338.2 LEC: *2. Los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio se aportarán por las partes, para su traslado a las contrarias, con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista, en los juicios verbales con trámite de contestación escrita, manifestando las partes al Tribunal si consideran necesario que concurran a dichos juicio o vista los peritos autores de los dictámenes, con expresión de lo que se señala en el apartado 2 del artículo 337.*

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

a. Aportación de prueba pericial por la parte actora como consecuencia de alegaciones realizadas por el demandado en su escrito de contestación a la demanda. La parte demandante podrá aportar tanto en la propia audiencia previa como cinco días antes del juicio, un informe pericial con base en las alegaciones que haya realizado el demandado en su escrito de contestación a la demanda. No obstante, como consecuencia de la preclusión de alegación de hechos y fundamentos jurídicos (artículo 400 de la Ley de E. Civil), corresponderá a la actora justificar que la utilidad de dicho informe viene motivada por alegaciones contenidas en el escrito de contestación del demandado que no pudo prever a la hora de formular su demanda. Por ello, sólo será admisible esta nueva prueba pericial cuando existan alegaciones de la contestación a la demanda que hayan supuesto la introducción al proceso de un elemento sorpresivo obligando al demandante a reaccionar y acreditar cosas distintas de las que alegara en su demanda<sup>15</sup>.

b. Aportación de prueba pericial sobre la base de alegaciones o aclaraciones complementarias. Ambos litigantes podrán proponer la incorporación de pruebas periciales de parte cuando su utilidad se haya manifestado como consecuencia de las alegaciones o aclaraciones complementarias realizadas y admitidas al inicio de la audiencia previa. En este caso, la parte que lo lleve a cabo deberá explicar las razones de su aportación y cuáles son las alegaciones complementarias efectuadas por la otra parte que hayan motivado la necesidad del dictamen pericial.

A este respecto, debe recordarse que el trámite previsto por el artículo 426.1 de la Ley de E. Civil debe interpretarse en términos restrictivos y no permitiría una suerte de réplica de la parte actora a la contestación a la demanda sin perjuicio de que lo que la actora pueda alegar en trámite de conclusiones<sup>16</sup>.

Por lo tanto, al igual que en el apartado anterior, cuando en el escrito de contestación a la demanda el demandado únicamente se limita a rebatir la demanda exponiendo los hechos impositivos de las pretensiones ejercitadas en la misma, no podrán admitirse alegaciones complementarias de la actora y, en consecuencia, tampoco una prueba pericial basada en las mismas. Asimismo, el

---

<sup>15</sup> En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2011 (RJ 2011,2774).

<sup>16</sup> En este sentido, De la Oliva y Díez-Picazo Jiménez. Derecho Procesal Civil, el Proceso de Declaración. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000. Y, asimismo, sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 22 de enero de 2004 (JUR 80532), de la Audiencia Provincial de Alicante de 31 de enero de 2003, (JUR 113893), de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de septiembre de 2003 (JUR 16399), de la Audiencia Provincial de Burgos de 25 de abril de 2002 (JUR 167887) y de la Audiencia Provincial de León de 7 de septiembre de 2002 (JUR 280381).

demandado, en su contestación, tiene la carga de admitir o negar los hechos aducidos por el actor en la demanda, por lo que tampoco podrá admitirse una prueba pericial del demandado sobre la base de alegaciones que debió haber incluido en su contestación y que se ha reservado para la audiencia previa.

- c. Aportación de prueba pericial como consecuencia de peticiones accesorias o complementarias.** En caso de proposición de prueba pericial con base en peticiones accesorias o complementarias, debe tenerse en cuenta que, según el apartado 3 del artículo 426 de la Ley de E. Civil<sup>17</sup>, la adversa deberá mostrar su conformidad y, en caso contrario, será el Tribunal el que decida sobre la admisibilidad de dichas peticiones.

Así, la petición no podrá consistir en la inclusión de una pretensión nueva y distinta a las formuladas en los escritos de demanda y contestación. Pues en ese caso, determinaría una modificación sustancial de las pretensiones ejercitadas o de los términos del debate atentando gravemente contra el principio de seguridad jurídica al dejar a una de las partes en clara situación de indefensión, sin haber contado con la posibilidad de oponerse por escrito a esa acción y haber propuesto la prueba pertinente.

- d. Aportación de prueba pericial como consecuencia de hechos nuevos o de nueva noticia.** Conforme a lo establecido por los artículos 426 y 286 de la Ley de E. Civil, los hechos nuevos en que se fundamente la solicitud de prueba pericial deberán ser relevantes para las pretensiones de las partes y la resolución de la controversia por el Juzgado.

- e. La ampliación o complemento de informes ya aportados.** Conforme a lo dispuesto en el artículo 427.2 de la Ley de E. Civil<sup>18</sup> las partes deben pronunciarse en el acto de la audiencia previa sobre los dictámenes periciales presentados hasta ese momento y podrán solicitar la ampliación de los mismos en los extremos que precisen.

Como es fácil colegir, la aportación de estas ampliaciones tampoco podrá encerrar, en la práctica, la incorporación de un nuevo informe pericial que signifique una

---

<sup>17</sup> Art. 426.3 LEC: 3. Si una parte pretendiere añadir alguna petición accesorias o complementaria de las formuladas en sus escritos, se admitirá tal adición si la parte contraria se muestra conforme. Si se opusiere, el tribunal decidirá sobre la admisibilidad de la adición, que sólo acordará cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad.

<sup>18</sup> Art. 427.2 LEC: Las partes, si fuere el caso, expresarán 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. También se pronunciarán sobre los informes que se hubieran aportado al amparo del número 5º del apartado 1 del artículo 265.

réplica a los escritos de demanda o contestación o a los informes aportados junto con éstas.

- f. La solicitud de designación de perito judicial. El artículo 339.2.2º de la Ley de E. Civil<sup>19</sup> también permite a las partes solicitar la designación por el Tribunal de un perito en la audiencia previa al juicio siempre que concurren los siguientes requisitos: **(i)** la petición debe surgir como consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia previa; **(ii)** que el juez considere pertinente y útil el dictamen (artículo 339.3 Ley de E. Civil). Para ello, en la proposición de prueba será muy importante determinar el objeto de la pericia con concreción y fundamentar la necesidad de dicho dictamen a efectos de la resolución de la *litis*; **(iii)** que ambas partes se muestren conformes con el objeto de la pericia (artículo 339.3 Ley de E. Civil); y **(iv)** que ambas partes acepten el dictamen del perito que nombre el juez (artículo 339.3 Ley de E. Civil).

En consecuencia, no será admisible la petición en la audiencia previa de informes periciales *ex novo* o el complemento a informes ya aportados cuando se justifiquen por **(i)** alegaciones contenidas en el escrito de contestación a la demanda que el actor tenía la carga de prever al formular su demanda; **(ii)** alegaciones que el demandado debía haber incluido en su escrito de contestación a la demanda; **(iii)** alegaciones o peticiones complementarias o aclaratorias que alteren sustancialmente las pretensiones; o **(iv)** hechos que las partes podían o debían conocer al tiempo en que presentaron sus escritos iniciales. De lo contrario, supondría un fraude a lo dispuesto en los artículos 336 y 337 de la Ley de E. Civil y a la voluntad del legislador en este sentido.

Finalmente, debe recordarse que frente a la admisión o inadmisión de la pericial propuesta en la audiencia previa cabe recurso de reposición y posterior protesta al amparo del artículo 285 de la Ley de E. Civil<sup>20</sup>. Únicamente de este modo, quedará intacto el derecho de las partes a suscitar de nuevo la controversia sobre la admisibilidad de la prueba en la segunda instancia.

**4. Conclusión.**— Sirva lo expuesto para resumir, de forma sistematizada, los requisitos que deberán apreciarse a la hora de proponer —o impugnar— pruebas periciales

---

<sup>19</sup> Art. 339.2.2º LEC: *Salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda, no se podrá solicitar con posterioridad a la demanda o a la contestación o una vez transcurrido el plazo señalado en los apartados 1 y 2 de este artículo para la prueba pericial de los juicios verbales sin contestación escrita, informe elaborado por perito designado judicialmente.*

<sup>20</sup> Capilla Casco, A. y Sánchez-Lozano Velasco, J. en *Patologías de la Audiencia Previa (I)*. *Economist&Iuris* Nº 185. Noviembre 2014.

# URÍA MENÉNDEZ

anunciadas o propuestas en los escritos iniciales o en el acto de la audiencia previa. Requisitos que responden a criterios de pertinencia, imparcialidad y oportunidad, pero sobre todo al principio de contradicción.

Madrid, a 12 de enero de 2015

Agustín Capilla Casco  
Elena González-Adalid Núñez  
Xuan Wu Zhuo