

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 14 de febrero de 1994

Proceso civil.

Prueba pericial: Juramento por el perito. Deberes y derechos inherentes a su cargo. Práctica como diligencia para mejor proveer.

P O R

JOSE BONET NAVARRO

AYUDANTE DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

I. EL CASO

D. M. C. de la T. formuló, ante el Juzgado de Primera Instancia de Montilla, demanda de menor cuantía contra «H. A. de C., S. A.», entre otros pronunciamientos, sobre incumplimiento de contrato de suministro. A su vez, la demandada recurrió en solicitud de declaración de resolución de contrato.

En momento procesal oportuno, la parte actora propuso entre otras la prueba pericial. Proposición que dio traslado a la demandada, la cual alegó su impertinencia y subsidiariamente se adhería a ella solicitando su ampliación a determinados extremos.

El auto de 14 de noviembre de 1988 del Juzgado citado admitió esta prueba, que versaría sobre los puntos propuestos por ambas partes. En comparencia celebrada el día 17 siguiente se procedió al nombramiento de perito. Por Providencia de 28 de diciembre siguiente se acordó para mejor proveer la práctica de la prueba pericial. Habiendo renunciado sucesivamente dos peritos designados, el día 6 de marzo de 1989 aceptó el cargo el perito designado señor J. L., quien compareció en el Juzgado el día señalado para la emisión del dictamen manifestando «*que no pue-*

de presentar en este momento el informe solicitado dado que se encuentra para su visado en el Colegio de Ingenieros de Caminos en Córdoba, y posteriormente ser retirado por las partes». El Juez acordó la suspensión de la comparecencia, «la cual se reanuda una vez obre en autos el informe».

El citado Colegio remitió al Secretario del Juzgado la minuta de honorarios del perito, comunicando posteriormente que el informe se hallaba depositado en esa Corporación Profesional «como es preceptivo, en espera de ser retirado por las partes interesadas en el mismo». Por Providencia de 21 de junio de 1989, se acordó comunicar al repetido Colegio el nombre de las partes y sus Procuradores. La parte demandada, y después recurrente en casación puso en conocimiento del Juzgado por escrito de 22 de noviembre de 1989 haber abonado el cincuenta por cien de los honorarios del perito. Sin que la otra parte hubiese abonado la otra mitad.

En escrito de 24 de abril de 1990, la demandada, después recurrente, solicitó del Juzgado que se dirija oficio al Colegio para que, de forma inmediata y sin excusa alguna, remita al Juzgado el dictamen emitido por el facultativo que aceptó el nombramiento de perito judicial, con mención de las acciones que a dicho Colegio competen para el cobro de los honorarios de su facultativo, con los apercibimientos de Ley y de obstrucción a la Justicia. A dicho escrito no recayó providencia alguna, dictándose por el Juzgado sentencia de 3 de noviembre de 1990, estimando la demanda y desestimando la reconvencción.

Apelada la anterior, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, denegando el recibimiento a prueba, desestimó el recurso en sentencia de 21 de enero de 1991.

La entidad demandada interpuso recurso de casación, acogido al ordinal 3º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, en especial de las normas que rigen los actos y garantías procesales recogidas en el artículo 862.2 en relación con el artículo 707, ambos de la citada Ley, habiéndose producido indefensión. Concretamente porque admitida y acordada la práctica de la prueba pericial propuesta por la parte actora con la ampliación solicitada por la ahora recurrente, no fue practicada en el término ordinario de prueba. Y el Juez de Primera Instancia la acordó para mejor proveer, procediéndose al nombramiento de perito sin que tal prueba llegase a practicarse por causa no imputable a la parte ahora recurrente.

II. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO Y EL FALLO

«Primero.—(...) Lo expuesto hace insostenible la resolución de la Audiencia Provincial denegatoria del recibimiento a prueba en la segunda instancia, por las siguientes razones: a) la prueba pericial para cuya práctica se interesó el recibimiento a prueba por la Sala «a quo», había sido propuesta en la primera instancia, no sólo por el actor recurrido sino que a ella se adhirió la sociedad demandada solicitando su ampliación, y admitida por el Juzgado por auto de 14 de noviembre de 1988, procediéndose a la designación de perito el siguiente día 17, sin que conste en

autos que se procediese a la notificación al perito su nombramiento para aceptación y juramento del cargo, habiendo finalizado el período de práctica de prueba el día 29 de los citados mes y año, sin que se hubiese ejecutado dicha prueba; al no consistir ni poderse deducir de las actuaciones que la prueba propuesta y admitida en la primera instancia dejó de practicarse por causa imputable a la parte ahora recurrente, es claro que concurre el supuesto previsto en el artículo 862.2º de la Ley de Enjuiciamiento para la procedencia del recibimiento a prueba en la segunda instancia; b) la argumentación del auto denegatorio del recibimiento a prueba en el sentido de que la falta de práctica de prueba pericial acordada por el Juez de Primera Instancia, en los mismos términos de la solicitada por las partes, es imputable a la sociedad recurrente al no haber satisfecho en el Colegio de Ingenieros la totalidad de los honorarios del perito, previamente a la emisión del informe, supone desconocer la naturaleza de las diligencias para mejor proveer y las medidas que ha de adoptar el Juez para su práctica. Como tiene reiteradamente establecido esta Sala (Sentencia de 31 mayo 1993, por todas) la facultad concedida a los Jueces y Tribunales para acordar la práctica de diligencias para mejor proveer, como actos de instrucción realizados por el órgano jurisdiccional para formar su propia convicción sobre la materia del proceso, es ajena al impulso de parte y al principio dispositivo, según se desprende del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por ello una vez acordada su práctica por el órgano jurisdiccional en uso de esa facultad, no puede dejarse al arbitrio de una de las partes su realización, de acuerdo con el inciso final del artículo 341 de la Ley Procesal a cuyo tenor «en todo caso, el Juez o Sala cuidará de que lo acordado se ejecute sin demora y adoptaran de oficio las medidas necesarias para ello», precepto que fue incumplido por el Juez que acordó la diligencia para mejor proveer al no adoptar todas las medidas necesarias para que el perito designado compareciese, dada su aceptación, ante el Juzgado a emitir el dictamen, sin tolerar la inaceptable exigencia del previo pago por las partes de sus honorarios ya que las normas colegiales no pueden condicionar que los Jueces y Tribunales otorguen la tutela judicial efectiva que de ellos se demanda a determina da forma de percibir sus miembros los honorarios que les son debidos que, en todo caso, podrán hacer efectivos a través del procedimiento de tasación de costas, a tenor de los artículos 421 y siguientes de la citada Ley de Enjuiciamiento.

En consecuencia, ha de estimarse la infracción de las formas esenciales del juicio que se denuncia en el motivo, con indefensión para la parte al haber sido privado de la práctica de una prueba propuesta y admitida en la primera instancia, independientemente de que fuese acordada para mejor proveer y dado que ésta no se practicó por causa imputable exclusivamente al órgano jurisdiccional, por lo que, cumplidos los requisitos del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de estimarse el motivo, declarando la nulidad de las actuaciones de la segunda instancia a partir de auto denegatorio del recibimiento a prueba a cuyo momento han de retraerse aquéllas, de conformidad con el artículo 1.715.2ª de la repetida Ley.

Segundo.—La estimación del anterior motivo impide entrar en el examen de los restantes, debiendo casarse y anularse la sentencia recurrida, con los efectos antes

dichos, lo que, a su vez, determina la no imposición de las costas de este recurso y la devolución del depósito constituido, a tenor del artículo 1.715 antes citado».

(Sentencias citadas: sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1993).

III. COMENTARIO

En relación a la presente sentencia, merecen ser objeto de reflexión al menos las siguientes cuestiones:

a) Juramento (o promesa) del perito: ¿forma o formalismo?

El nombramiento de perito o peritos requiere aceptación del cargo (artículo 618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pudiéndose concluir que ésta es potestativa (así, por ejemplo, GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional, II, 1º*, con MONTERO y ORTELI.S., Barcelona, 1993, página 292). A continuación, el perito debe prestar «juramento» (o promesa) de proceder bien y fielmente en sus operaciones.

Se plantea la duda de si este último acto es una forma procesal o, por el contrario, un simple formalismo. Para resolverla es preciso recordar el significado de este último concepto. Como decía CHOIVENDA (*Le forme nella difesa giudiziales del diritto*, en «Saggi di Diritto Processuale Civile, I» Roma, 1930, páginas 362-3) las formas residuales «sono quelle che nate dai bisogni, dall'indole, dalle leggi d'un tempo, sopravvivono, non ostante il trasformarsi dei bisogni, il mutarsi dell'indole, el cader delle leggi, nel tempo che segue. Restano, quasi corpi sanz'anima, che il legislatore rispetta perchè la forza dell'abitudine li collega alla vita attuale del popolo». A su vez, con rotundidad, BONET NAVARRO, ANGEL (*Rasgos de la forma y formalismo en el proceso*, en «Escritos sobre la jurisdicción y su actividad», Zaragoza, 1981, páginas 214 y 235) afirma que «en el proceso el formalismo está pretendido por una metodología operativa en al actividad procedimental producida pro la falta de razonamiento: la pereza crítica legal». Añadiendo que, «el formalismo conlleva la descomposición de la naturaleza el mantenimiento forzado del artificio, la corrupción activa de la rutina, de lo falso, de la transacción censurable, del abuso y de la legalidad, como fruto natural y lógico de ellas». Así entendido, no parece que sea posible reducir el juramento o promesa a un simple formalismo. En ese sentido se pronuncia la doctrina. Por ejemplo, DE LA OLIVA SANTOS (*Derecho Procesal Civil, II*, con FERNÁNDEZ LÓPEZ, Madrid, 1992, páginas 306-7), tratando de la prueba de confesión, considera que el juramento es susceptible de ser considerado forma.

Aunque la presente sentencia deja esta cuestión sin respuesta directa, es significativo que no conste en autos «que se procediese a la notificación al perito su nombramiento para aceptación y juramento del cargo». Siquiera a los meros efectos de recordar las obligaciones que atañen al perito, el juramento o la promesa de cumplir bien y fielmente su cargo es útil.

b) Los honorarios del perito: ¿Son, en todo caso, gastos comunes?

El perito tiene derecho a una compensación económica por su actuación. Las normas relativas a indemnizaciones y honorarios y que deban ser abonados con cargo a los Presupuestos Generales del Estado se encuentran en disposiciones antiguas: Real Orden de 14 de septiembre de 1899; Real Decreto de 15 de octubre de 1900; Ordenes de 20 de febrero de 1943, de 30 de enero y 26 de marzo de 1951; así como algunas Circulares: 26 de marzo de 1962, etc.; la Disposición Adicional 13ª de la Ley 39/1992 de Presupuestos Generales del Estado para 1993 (RCL Ar., 1992, 2.801), autorizó al Gobierno para que, mediante Real Decreto y durante el año 1993, regulara el régimen de honorarios e indemnizaciones. Sin que hasta la fecha haya dictado norma alguna al respecto.

En el orden civil, consecuencia directa del principio dispositivo y de aportación de parte, el abono de los honorarios e indemnizaciones del perito no son a cargo del Presupuesto Estatal, sino de las partes. Con carácter general, la satisfacción de los gastos corresponderá a quien haya resultado ser condenado en costas y, en caso de no existir pronunciamiento al respecto, a cada litigante las causadas en su instancia y por mitad las comunes.

Se ha defendido que los honorarios del perito son de esta última categoría. Sin embargo, a pesar de que ambas partes están facultadas para intervenir en su nombramiento (artículo 614 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es discutible que se trate de un gasto común, en cuanto quien no solicita la prueba es ajeno a la misma. De cualquier forma, puede decirse, con carácter de principio, que las costas consecuencia de la pericia solamente serán comunes cuando ambas partes hayan intervenido en la misma. Es decir, en el momento en que se produzca alguna de las siguientes situaciones: 1ª. Que la parte no solicitante exija, de manera contradictoria, que el número de peritos no sea uno sino tres. 2ª. Que se pida una ampliación o extensión del dictamen, pero con finalidad distinta a la de meramente completar la proposición probatoria para evitar que por la falta de elementos necesarios el resultado del dictamen sea incompleto o perjudicial (ver PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, *Honorarios de peritos. A quién corresponde satisfacerlos*, en «Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil. II», Madrid, 1950, páginas 559-66. También, FONT SERRA, *La prueba de peritos en el proceso civil español*, Barcelona, 1974, páginas 69-73).

De todos modos, el supuesto de la sentencia que comentamos es mucho más simple. El causante del impago es precisamente quien había solicitado la prueba pericial. No existe duda alguna de que al mismo corresponde el abono de los gastos sea en todo o en parte.

Igualmente, la presente sentencia tampoco entra a distinguir si la ampliación solicitada implica intervención o no en la prueba. Se limita meramente a hacer constar el hecho de la solicitud por la contraparte. En el peor de los casos, a ésta correspondería abonar como máximo la mitad. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de una futura y eventual condena en costas.

c) **El impago de los honorarios del perito: ¿Causa de exención de la obligación de entregar el dictamen?**

La sentencia que comentamos funda su fallo aprovechando la naturaleza no de la prueba pericial, sino la de las diligencias para mejor proveer. Pero en su contenido deja entrever que la infracción de las formas esenciales del juicio estudiado se produce «independientemente de que fuese acordada para mejor proveer». Por ello, deja sin resolver directamente algunas cuestiones importantes relativas a la prueba pericial que, a nuestro juicio, merecen algunas consideraciones.

Como puede observarse, el tema de fondo sobre el que versa la presente sentencia es precisamente el del deber que corresponde al perito de desempeñar su cargo bien y fielmente en el plazo que el Juez señale (artículo 618 Ley de Enjuiciamiento Civil). Traduciéndose el mismo, conforme al artículo 627.1 de la misma Ley, al menos en la obligación de confeccionar correctamente y dar un dictamen razonado, de palabra o por escrito, a requerimiento del Juez. Generando, a su vez, un derecho a cobrar honorarios.

Ya nos hemos referido más arriba a que la aceptación del perito, contrariamente a lo que ocurre en el proceso penal (artículo 462 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), es potestativa. Pero el principio dispositivo solo rige hasta ese momento. A partir de entonces la Ley impone las actuaciones procedentes no solo para el perito sino también para el propio Juez, sin que en modo alguno su realización quede al arbitrio o disposición e impulso de las partes.

Lo anterior debe significar que una vez aceptado el cargo por el perito, no puede producirse una negativa a su cumplimiento con base en un impago presente o futuro. Esta circunstancia podía haber sido motivo para la no aceptación, pero nunca condicionar la obligación de entregar el dictamen ni, mucho menos, afectar el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes.

A que se alcance esta conclusión también contribuyen las circunstancias siguientes:

1ª. Aunque se ha discutido si el perito es un auxiliar del órgano jurisdiccional o, por contra, sujeto de un medio de prueba, en principio parece lo más correcto entender que su función fundamental es complementar la capacidad de juicio del Juez, proporcionándole unas máximas de la experiencia que desconoce o no sabe aplicar (así, por todos, GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, II, 1ª, con MONTERO y ORTELLS, cit., página 287). Una vez nombrado y aceptado el cargo, dada su condición fundamental de auxiliar, el perito depende directamente del órgano jurisdiccional. Un incumplimiento por su parte estará afectando principalmente a la relación de dependencia con el Juez.

2ª. La función del perito no consiste únicamente en la mera preparación o redacción del dictamen. La Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente su artículo 627, exige la necesaria realización de unas actuaciones posteriores: a) Impone el deber de «dar» el dictamen razonado, en forma de declaración o, si es escrito, ratifi-

cándose con juramento a presencia judicial. Todo ello acto continuo al reconocimiento o, de no ser posible, en el día y hora que el Juez señale. b) Además, en este acto, las partes podrán solicitar que el Juez exija al perito o peritos las explicaciones oportunas para el esclarecimiento de los hechos (artículo 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Es evidente que, en palabras de FONT SERRA (*La prueba de peritos en el proceso civil español*, cit., página 179) «hasta el momento de a ratificación por medio de juramento los expertos no han emitido su dictamen». Pretender que las partes retiren y abonen el dictamen en el colegio tras su visado supone exigir los honorarios previamente a su emisión.

3ª. No es argumento suficiente en contrario el hecho de que el devengo del impuesto sobre el Valor Añadido pueda ser coincidente en el tiempo con el acto de visado. Conforme a la reglamentación de ese impuesto (artículo 14.2.º de la Ley del IVA y 23.2.º de su Reglamento), esa afirmación es bastante dudosa. Lo que ciertamente impone esa regulación es que en las prestaciones de servicios de visado y legalización efectuadas por los Colegios profesionales, el impuesto se devengará cuando se presten, ejecuten o efectúen las operaciones gravadas, aunque el cobro de la prestación se efectúe en momento posterior. En ese sentido se pronuncia la Consulta no vinculante de la Dirección General de Tributos del Estado, de 2 de junio de 1986 (*Impuesto sobre el Valor Añadido*, IVA, X-II, página 258/1). Y en semejantes términos la Consulta vinculante publicada en BOE de 5 de marzo de 1986 (*Gaceta Fiscal*, 1986, II páginas 49-50). Con todo ello, podemos decir que: a) No debe necesariamente coincidir el momento de la prestación con el de visado. b) Tampoco habrá de corresponder el devengo del impuesto con el cobro de los honorarios. Si esta última circunstancia trae consecuencias gravosas para el perito, es como consecuencia de una regulación fiscal que, quizás, sería necesario modificar. Pero no es argumento para exigir el abono de honorarios antes de la realización del trabajo a persona que, en numerosas ocasiones, no le corresponderá.

En definitiva, podemos afirmar que en el proceso civil no es posible jurídicamente ni tampoco conveniente, so pena de desnaturalizar este medio de prueba, equiparar el encargo de pericia al del resto de trabajos profesionales. No encontramos razón alguna, distinta al propio (y no por ello menos respetable) interés económico del perito, para que el dictamen deba ser retirado y abonado por las partes en las oficinas colegiales. Y ello aunque así pueda suceder con los restantes trabajos profesionales y sin que sea relevante a estos efectos la mayor o menor utilidad del control colegial. Consecuentemente, consideramos innecesario que daba crearse en los colegios profesionales un fondo para la retribución inicial. Lo que, en definitiva, supondría trasladar a quien no corresponde la carga de la reclamación posterior (mantienen la opinión contraria TOMÁS TÍO, VÍVEZ ROMÁN, HOYOS VIEJOBLANO, NOGUERA DE LA LUNA, *Aspectos jurídico-procesales*, primera ponencia, en «La función pericial de los arquitectos al servicio de la Administración de Justicia», *Poder Judicial*, número especial VII, páginas 44 y 265). Todo ello porque, como la propia sentencia sienta con gran acierto, «Las normas colegiales no pueden condicionar que los Jueces y Tribunales otorguen la tutela judicial efectiva que de ellos

se demanda a determinada forma de percibir sus miembros los honorarios que les son debidos».

De todos modos, lo anterior no significa que dejemos sin manifestar la imperiosa necesidad de que se instrumenten mecanismos eficaces para que los derechos del perito sean debidamente salvaguardados. Sobre todo cuando la elaboración del dictamen puede traer consigo gastos derivados de la necesaria intervención de terceros. Pero estos mecanismos deberán, en todo caso, quedar sometidos al estricto control judicial.

d) **La prueba pericial como diligencia para mejor proveer: ¿Sometida siempre a la discrecionalidad del Juez?**

La Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 340) dispone que «...podrán los Jueces y Tribunales acordar para mejor proveer: (...) 3.º Practicar cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario, o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho». Asimismo, según el artículo 630.2 del mismo texto legal, «cuando el Juez lo crea necesario, podrá hacer uso de la facultad que le concede el artículo 340, y acordar para mejor proveer, que se practique otro reconocimiento o se amplíe el anterior...».

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es lo suficientemente reiterada y uniforme en el sentido de sentar como regla la discrecionalidad por parte del Juez para adoptar tales diligencias. Por citar alguna reciente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 1992 (RJ Ar., 1992, 2.216), establece que «las diligencias para mejor proveer son actos de instrucción realizados por iniciativa del órgano jurisdiccional para formar su propia convicción sobre el material del proceso, lo que, como también proclaman las sentencias de 28 de enero de 1972, 30 de mayo de 1975 y 6 de abril de 1981, tales diligencias para mejor proveer son totalmente ajenas al impulso procesal de parte y al principio dispositivo que es pauta general del ordenamiento, no siendo en consecuencia esa diligencia, como indica la sentencia de 15 de enero de 1949, formalidad esencial del juicio, puesto que su práctica es facultad exclusiva del Juez». En igual sentido la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 1993 (RJ Ar., 1993, 7306), manifiesta que «la decisión judicial acordando la práctica de diligencia para mejor proveer, si bien puede considerarse una excepción al principio de aportación de parte, no quebranta el principio de aportación de parte, no quebranta el principio dispositivo por cuanto no introduce hechos en el proceso sino que completa la actividad de las partes, y, en definitiva, responde a una facultad discrecional del Juez que apreciará si la estima necesaria, sin que se produzca violación ni del invocado artículo 24».

La doctrina se hace igualmente eco de este hecho. Por ejemplo, MARTÍN OSTOS (la primera concepción que se puede hacer sin temor a errar, sobre la naturaleza de las medidas para mejor proveer, es afirmar que constituyen una facultad totalmente discrecional y potestativa del Juzgador». Específicamente, FONT SERRA (La prueba de peritos en el proceso civil español, cit., página 197), indica que

«acordar que se lleve a efecto un reconocimiento pericial para mejor proveer, es facultad exclusiva del Juzgador».

Sin embargo, la sentencia que comentamos permite plantearnos la posibilidad de que puedan existir excepciones a dicha regla. Y es que, a nuestro juicio, la adopción de la diligencia para mejor proveer, en un supuesto como el que se enjuicia, es menos discrecional para el Juez de lo que a primera vista puede parecer.

El Tribunal Supremo deja sentado con la rotundidad suficiente que «ha de estimarse la infracción de las formas esenciales del juicio que se denuncia en el motivo, con indefensión para la parte al haber sido privado de la práctica de una prueba propuesta y admitida en la primera instancia, independientemente de que fuese acordada para mejor proveer...». Idéntica solución, pues, correspondería también si no se hubiera adoptado esa diligencia para mejor proveer. Es decir, que la infracción estimada en el juicio se produce por el hecho de no haberse practicado una prueba (la pericial) debidamente propuesta y admitida, por causa ajena a las partes. Y ello con independencia de que la falta de práctica de ese medio de prueba se produzca en el momento «ordinario» o en otro posterior como diligencia para mejor proveer.

Cuando la prueba pericial no ha podido practicarse por causa del perito, a nuestro juicio, la libertad y espontaneidad del Juez para la adopción de la diligencia para mejor proveer no es tan clara como la Ley y la jurisprudencia parece que dan a entender. Pues consideramos que no tiene otra alternativa.

Si el perito se niega a «dar» el dictamen alegando que el mismo se encuentra en el colegio para visado, esperando que la parte lo retire (y pague), el Juez puede básicamente optar por alguna de las posibilidades siguientes: a) Hacer caso omiso a esa «infracción de las formas esenciales del juicio», dictando sentencia sin más. b) Intentar subsanar tal deficiencia acordando su práctica en un momento posterior como diligencia para mejor proveer.

La opción del Juez por esta segunda posibilidad es tan evidente que nos permitimos dudar de que la discrecionalidad para su adopción sea tan clara como pueda parecer.