

# Problemática sobre la prueba pericial del demandado en el incidente de medidas cautelares

**Alejandro Fuentes-Lojo Rius**

*Socio de Fuentes Lojo Abogados*

*Profesor de la UOC*

*Vocal de la Comisión de Codificación de Cataluña*

Diario La Ley, Nº 10178, Sección Tribuna, 25 de Noviembre de 2022, **LA LEY**

Normativa comentada

## **Resumen**

*La cuestión a abordar consiste en determinar si la demandada puede aportar la prueba pericial en el momento de la celebración de la vista de medidas cautelares con audiencia del demandado o, si por el contrario, debería haberla aportado con anterioridad a dicho momento procesal, bajo el pretexto de que su aportación sorpresiva en el momento de la vista puede generar indefensión a la adversa por no haber tenido tiempo suficiente para su valoración e impugnación en su caso.*

Se plantea con habitualidad en la práctica forense la problemática relativa al momento procesal en que las partes pueden valerse de dictámenes periciales en la pieza de medidas cautelares para acreditar los extremos fácticos contenidos en sus respectivas exposiciones. En particular, la cuestión a abordar consiste en determinar si la demandada puede aportar la prueba pericial en el momento de la celebración de la vista de medidas cautelares con audiencia del demandado o, si por el contrario, debería haberla aportado con anterioridad a dicho momento procesal, bajo el pretexto de que su aportación sorpresiva en el momento de la vista puede generar indefensión a la adversa por no haber tenido tiempo suficiente para su valoración e impugnación en su caso.

Para responder a la cuestión planteada, hay que estar a lo dispuesto en el [art. 734.2 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), que declara que «*En la vista, actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares.* De una lectura de la norma se colige que el momento procesal para proponer

prueba por ambas partes en la pieza de medidas cautelares con audiencia del demandado es en la celebración de la vista.

Con carácter previo, debemos preguntarnos si el [art. 734.2 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) constituye una regla general sobre la preclusión de aportación de prueba documental, y si tiene excepciones y debe integrarse con otras normas procesales.

Como toda norma procesal, no debe interpretarse aisladamente, sino de forma sistemática con el resto de preceptos relacionados de la ley ritualaria, especialmente, y por lo que aquí nos ocupa, los relativos al incidente de medidas cautelares. A modo de ejemplo, es indiscutible que la regla general del 734.2 de la LEC debe integrarse con los [arts. 728.2 \(LA LEY 58/2000\)](#) y [732 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), que parecen hacer precluir la posibilidad de proponer prueba para el solicitante una vez formulado el escrito de solicitud de medidas cautelares.

Para evitar un conflicto antinómico, hay que realizar una interpretación armonizadora de los [arts. 728 \(LA LEY 58/2000\)](#), [732 \(LA LEY 58/2000\)](#) y [734 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), consistente en que si para la práctica de los medios probatorios de los que el solicitante intente servirse es necesario realizar requerimientos y citaciones previas por el tribunal, deberá haberse propuesto la práctica de dicho medio probatorio al formular el escrito de solicitud de medidas cautelares, al no poder practicarse dicha prueba en el momento en que se propone<sup>41</sup>, salvo por lo respecta a la prueba de reconocimiento judicial, para la cual la norma —art. 734.2. segundo apartado, de la LEC— sí prevé de forma expresa que pueda anunciarse en el momento de la vista y, que, para el caso de no poder practicarse en dicho acto, se lleve a cabo en el plazo de cinco días. En la medida en que la norma solamente prevé el trámite de suspensión de la vista para posibilitar la práctica de la prueba del reconocimiento judicial, la propuesta de otros medios probatorios para los que sea necesario realizar requerimientos y citaciones previas por el tribunal deberá realizarse por el solicitante en el trámite de formulación de la solicitud de medidas cautelares<sup>42</sup>. Conforme a esta tesis mayoritaria, se puede dar un paso más y afirmar que el solicitante podrá proponer la prueba pericial de que intente valerse en el momento de la vista, no habiéndole precluido dicha facultad con la solicitud de la medida cautelar; salvo que quiera valerse de una pericial judicial, en cuyo caso sí deberá haberlo propuesto en el escrito de solicitud de medida cautelar.

Como avanzábamos, menos pacífica es la cuestión relativa a la aplicabilidad de la regla general del [art. 734.2 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) al demandado que pretende valerse de un dictamen pericial. Algunos tribunales consideran que la aplicación de esta norma en estos

casos puede dar lugar a situaciones de indefensión y que al demandado le ha precluido la facultad de aportar esta prueba documental en el momento de la vista, invocando para ello la aplicación analógica del [art. 337.1 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), que declara que *«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, 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.»*. A diferencia de lo que sucede en el caso anterior sobre la preclusión de la proposición de prueba del solicitante, aquí no estamos ante una aplicación sistemática o integradora de la normativa procesal, sino ante una aplicación analógica de la misma, pues el [art. 337 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) es una norma dispuesta para los procesos declarativos y que no encuentra reflejo legal en la regulación sobre medidas cautelares. En defensa de esta tesis sobre la aplicabilidad del 337.1 de la LEC en sede de medidas cautelares, PÉREZ DAUDÍ, V.<sup>(3)</sup> sostiene que si bien la [Ley 13/2009, de 3 de noviembre \(LA LEY 19391/2009\)](#), de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, reformó los arts. 337, 338 y 339 de la LEC para prever que los dictámenes periciales de parte en el juicio verbal deben aportarse cinco días antes de la vista, siendo obligatorio también para el demandado en los juicios verbales con contestación por escrito, se mantuvo en vigor el [art. 265.4 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#)<sup>(4)</sup> que preveía que el demandado en juicios verbales aportará los documentos, medios e instrumentos, dictámenes o informes en el acto de la vista.

A nuestro juicio, no cabe inadmitir la prueba propuesta en la vista de medidas cautelar por considerar que ha precluido dicho trámite en aplicación de una norma legal que no es de aplicación en sede de medidas cautelares. En este escenario, una aplicación analógica de la norma procesal queda vedada por el principio de legalidad procesal estatuido en el [art. 1 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) y por la naturaleza de orden público que reviste la legislación procesal. En este sentido se han pronunciado algunos Tribunales (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 4ª, nº141/2017, de 8 de marzo), entre cuyas resoluciones destaca, por su estrecha relación con la cuestión debatida, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 4ª, nº326/2016, de 31 de mayo. En ella la Sala declara que el principio de legalidad procesal adquiere aún mayor sentido y vigor cuando opera como escudo del derecho de defensa:

*«Esa preclusión debe entenderse de tal manera que lo referido tras conocer la sentencia, sólo pudo alegarse en la misma vista de juicio en la instancia, en virtud de lo establecido en el [art. 443 de dicha Ley de](#)*

*[Enjuiciamiento Civil \(LA LEY 58/2000\)](#), lo que constituiría también por sí mismo motivo suficiente de desestimación del recurso, en cuanto conecta sistemáticamente con el principio de legalidad procesal, [art. 1 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), y, sobre todo, con la proscripción de indefensión establecida en el [art. 24 de la Constitución \(LA LEY 2500/1978\)](#), pues actuando de otra forma se impediría que la parte adversa pudiera contravenir los argumentos al respecto, en idéntica vista del juicio celebrada en rebeldía procesal de la parte demandada...*

*...Y no cabe analogía en norma procesal, por su carácter de orden público, conforme a reiterada jurisprudencia, al principio de legalidad procesal establecido en el art. 1 de idéntica Ley de Enjuiciamiento Civil...»*

A la postre, bajo el pretexto de evitar el riesgo de una eventual indefensión del solicitante de la medida cautelar que puede verse sorprendido por la práctica de una prueba documental que no ha tenido tiempo de revisar se genera una indefensión mucho mayor consistente en la inadmisión de la prueba de la que intentaba valerse la demandada, y en clara contravención del [art. 734 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), del principio de seguridad jurídica y, en definitiva, del derecho fundamental de defensa. A lo sumo, y en el fragor de la práctica forense, se podría admitir que se suspendiera la vista si el juez considera que existe un riesgo de indefensión en el caso concreto, pero en ningún caso procede inadmitir la prueba a quien la ha propuesto en el momento procesal que establece para ello la ley.

A mayor abundamiento, no existe identidad de razón para que proceda la aplicación analógica del [art. 337.1 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) en sede de medidas cautelares. Nótese que este precepto parte de la premisa de que las partes no pudieron aportar los dictámenes periciales en la fase de alegaciones, facultándoles para aportarlos con posterioridad hasta cinco días antes de la audiencia previa. Dicha norma solo puede ser aplicable cuando la fase de alegaciones sea escrita, pues de lo contrario se estaría exigiendo que se proponga la prueba con anterioridad a la fase de alegaciones del demandado, que en el incidente de medidas cautelares con audiencia del demandado, es en el acto de la vista. En este sentido, se pronunció la STC, Sec. 2ª, nº60/2007, de 26 de marzo, con referencia a un juicio verbal conforme a la tramitación originaria, esto es, sin contestación escrita, y por lo tanto, próximo a la tramitación de medidas cautelares con audiencia del demandado, declarando que la norma sobre aportación de dictámenes periciales con anterioridad a la vista solo es aplicable cuando existen escritos de demanda y contestación<sup>(5)</sup>: «[el art. 337 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) no resulta aplicable en la situación que se produjo en el caso, pues regula los supuestos en los que las partes no pueden aportar los dictámenes periciales en la fase de

*alegaciones, y por ello lo ‘anuncian’ en sus escritos de demanda y contestación; es decir, se trata de una norma excepcional, únicamente prevista para esta eventualidad, no para la norma general del juicio verbal en el que siempre es oral la contestación a la demanda.»*

La preclusión es un efecto fatal que no puede deducirse de una aplicación analógica de la norma, bajo el pretexto de que el legislador se equivocó, o cualquier otro que bajo criterios de justicia material se consideren atendibles. Sed *lex*, dura *lex*...

A mayor abundamiento, y si a la solicitante se le permite aportar el dictamen en el momento de la vista —conforme a la tesis anteriormente expuesta—, con mayor razón se le debe permitir dicha aportación al demandado, que ni si quiera ha tenido trámite de alegaciones previo y so riesgo de vulnerar el principio de igualdad de armas procesales.

La inadmisión de la prueba propuesta para su defensa en estos casos no resulta conforme a las exigencias constitucionales de tutela judicial efectiva ni del principio de legalidad procesal, puesto que puede dar lugar a la negación a la parte demandada de la posibilidad de que se practique una prueba en principio pertinente y que hubiere resultado decisiva para la resolución de la pieza cautelar.