

Capítulo Tercero

DEBERES Y RESPONSABILIDADES DEL EXPERTO

I. Obligaciones fundamentales

I.1. Aceptación del cargo

Cualquier profesional designado en el sí de un proceso, debería aceptar el cargo en atención a la obligación de colaborar con la Administración de justicia (artículos 118 CE y 17.1 LOPJ). La salvedad surge al aparecer una justa causa que lo excuse de dicha obligación, al amparo de los artículos 342.1 y 2 LEC –y que funcionaría como un derecho–, o algún motivo de abstención –cuya manifestación funcionaría como una obligación–. En el primer caso, el perito puede prescindir de su derecho. En el segundo ello no es posible, aunque el mecanismo de respuesta ante el incumplimiento no castiga, sino que simplemente actúa en beneficio del proceso concediendo a las partes la posibilidad de recusar (si el perito es designado judicialmente).

I.2. Comunicación sobre cambios de domicilio

Cuando el perito comparezca por vez primera en el juzgado se le informará de la obligación de comunicar cualquier cambio domiciliar que obstaculizaría la comunicación desde la Oficina judicial (artículo 159.3 LEC). No se prevé ningún tipo de sanción a la vista del eventual incumplimiento, pero no deja de ser necesario comunicar cualquier cambio en el domicilio determinado para notificaciones.

I.3. La comunicación con las partes

1. El perito habrá venido igualmente obligado a comunicar a las partes procesales, con cuarenta y ocho horas de anticipación, día, hora y lugar en el que se realizarán las operaciones periciales encomendadas o derivadas del encargo aceptado. Es preciso que se trate de reconocer lugares, objetos, personas u operaciones de características análogas. Y el fundamento reside en que las partes puedan encontrarse presentes (artículo 345.2 LEC). La obligación existe en todo caso al margen de que el criterio juzgador, bien directamente o a través de la instancia de algún litigante o el propio perito, aconseje que el buen curso del quehacer pericial rechace la presencia de público.

2. Aunque la instancia provenga del experto, tanto su solicitud como la decisión judicial consecuente no podrían silenciarse con respecto a las partes, pero sí evitar que el perito comunique a las mismas los datos antes dichos, si el juez considera que no conviene la presencia de los justiciables. Asimismo, para que el experto pueda proceder a la comunicación, en su caso, de las partes litigantes, habrá de conocer la dirección de las mismas, pues el aviso debe dirigirse directamente a las partes, lo que también cabe entender como comunicación a sus representantes procesales si los hubiere.

I.4. El juramento o promesa del experto

1. El experto debe emitir el dictamen encomendado con juramento o promesa de actuar con objetividad, manifestando conocer las eventuales sanciones penales por incumplir tal deber. Si no lo hiciera cabría subsanar el incumplimiento de esta obligación (artículo 335.2 LEC) por respeto de la regla contradictoria. Esta posibilidad de subsanar deriva de los artículos 231, 418 y 559 LEC y en un principio su falta no se anuda expresamente a ninguna consecuencia en el terreno de la inadmisión probatoria, denegación de la práctica del peritaje, imposibilidad de valorarlo como tal o responsabilidades para el experto. En la práctica cualquiera de estas hipótesis podría tener realidad, como luego se verá, pero por ahora nos interesa incidir en la nota de imparcialidad perseguida con esa declaración que acompaña la obligación principal

de entregar el dictamen. Con la designación *ex parte* acompañada con la demanda o la contestación la entrega ya viene dada, por lo que exclusivamente se aprecia la obligación de prometer o jurar y lo que esto implica. En este sentido se ha comentado que la objetividad puede decaer cuando el experto es contratado *extraprocesum*, pues observará una tendencia a manifestarse a favor de su mandante¹³⁰.

2. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el experto contratado antes del inicio del proceso, en la inmensa mayoría de supuestos habrá cobrado anticipadamente o a la entrega del informe o dictamen encargado, por lo que el abono de su servicio no va a depender del signo, favorable o desfavorable, vertido hacia los intereses de quien se lo encargó. Obvia decir que este último es libre de incorporar o no dicho dictamen a su demanda o contestación, de ahí que si las conclusiones del experto son perjudiciales o incluso neutras para con su pretensión eludirá su uso. Igual ocurriría cuando el letrado advierta que el dictamen es insuficiente o internamente contradictorio y resultará inútil a sus intereses.

Está claro que en ese tipo de casos el perito puede no volver a ser contratado por ese sujeto, pero también que la mayor profesionalidad del experto fomenta su prestigio en todos los ámbitos y, con ello, su credibilidad, tanto para la curia como para los órganos jurisdiccionales. Lo contrario puede generar un efecto inverso en perjuicio tanto del profesional como del letrado que lo utilice.

3. Por otra parte, un peritaje de parte en contra de las propias pretensiones también resulta extremadamente útil para la defensa que lo requirió. Con independencia que, evidentemente, no lo incluirá con sus alegaciones, preparará al letrado para afrontar los puntos débiles de las materias técnicas objeto del proceso, que podrá esquivar con mayor facilidad o abordar desde perspectivas distintas de las que en principio pensaba afrontar, eludiendo desagradables sorpresas al recibir el peritaje del litigante contrario.

130. Joan PICÓ JUNOY, *La prueba...*, cit., p. 59; Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 99. Este último autor destaca el supuesto de los accidentes de tráfico y la responsabilidad civil de ellos derivada, donde resulta lógica la emisión de un dictamen pericial por la compañía de seguros, si bien se advierte cómo la defensa buscará un perito de confianza que se sumará a la propia estrategia, reduciendo empero su credibilidad.

4. Con respecto al conocimiento de las sanciones penales, su falta no comporta la invalidez del dictamen. Algunos autores consideran que la ausencia de esa manifestación expresa permitirá al juzgador valorar el dictamen con minoración de la credibilidad del experto. Ahora bien, igual que tampoco ha de invalidar un dictamen la falta de juramento o promesa, en este y en el caso anterior debe ser posible la subsanación del olvido u omisión, en aras de permitir un mejor ejercicio del derecho a la prueba. Si la omisión fue involuntaria es absurdo que suponga un demérito para ese derecho, sobre todo porque no depende del justiciable sino del experto. Éste corregiría su olvido poniendo de manifiesto que actuó objetivamente y con el conocimiento de sus posibles responsabilidades penales, aunque no lo dijera expresamente. Si por el contrario operó una omisión voluntaria, para eludir conscientemente la falsa promesa o el perjurio, o prepararse para, en su caso, alegar desconocimiento del Derecho en un hipotético proceso penal en su contra, conviene rectificar susodichas omisiones antes que en sentido estricto se lleve a efecto la práctica del peritaje ante el juez, que es donde en verdad importa la actuación imparcial sometida a la responsabilidad penal aludida. Esto puede provocar que el perito, para evitar entonces una actuación procesal falsa o manipulada, corrija su dictamen bajo los parámetros de objetividad que se juren o prometan, sin que en su caso pudiera escudarse más tarde en el desconocimiento de los tipos penales en los que pueda incurrir.

5. Difícilmente podría imputarse como delito de peritaje “falso” el hecho de haber emitido un dictamen que luego se corrige, pues el bien jurídico protegido no se vulneraría si el juzgador recibe el contenido del peritaje ya corregido. A lo sumo sería aconsejable la comunicación al Colegio profesional, si lo hubiere, para examen deontológico del particular. Y si nadie solicitó la presencia del experto designado por la parte, que en principio no habrá pasado el trámite de ratificación de su dictamen a presencia del juez, éste puede hacerlo comparecer, precisamente, para subsanar las omisiones comentadas, al tiempo que preguntarle al experto si se ratifica en el contenido entregado por escrito sin ellas.

6. También es verdad que dicha subsanación tendría lugar en el momento de practicar el medio de prueba, lo que altera el sentido de la admisión probatoria significando con ello que el peritaje no deja de

serlo porque falte juramento o promesa o manifestación expresa de conocimiento sobre eventual responsabilidad penal. Ello es así por entender que vienen implícitos al quehacer pericial encomendado y sólo resta exposición expresa del particular. La subsanación es sencilla respecto al conocimiento de los tipos penales, pues quiera o no el experto, del juzgador oirá la admonición si manifiesta desconocerlos.

Ahora bien, en el supuesto de que el perito se niegue a jurar o prometer sí que deviene lícito considerar incumplido el régimen de la prueba pericial (artículos 335.2 ó 342.1 i.f. LEC), decayendo como tal por insubsanabilidad, sin que pudiera haberse aplicado el artículo 231 LEC, pues jurar o prometer pertenece por entero al experto como quehacer inicial personalísimo.

1.5. El depósito atípico

1. La entrega de documentos originales o bienes muebles por parte de su legítimo titular o poseedor, al efecto de que el perito efectúe sus análisis y estudios, coloca a este último en la posición de depositario, pues recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla (artículo 1758 CC). En su virtud puede incurrir en responsabilidad civil si aquella se devuelve dañada o se pierde, aunque deberá tratarse de una cosa mueble.

2. Se trata de un depósito involuntario donde el perito se desprende de la esencia típica del contrato, que es la custodia, en el bien entendido que ésta existe pero no como mera accidentalidad. Asimismo, el depósito civil propiamente dicho es el extrajudicial, mientras que el judicial, regulado fuera del Código civil (en la LEC), nada tiene que ver con el deber de custodia y devolución del perito. Nada tiene que ver, tampoco, la distinción entre depósito judicial voluntario y necesario, pues uno y otro carácter nacen desde la perspectiva del depositante, no del depositario.

En cualquier caso, las obligaciones del depositario coinciden, en términos generales, con las del perito que recibe la posesión del bien mueble sobre el que peritar.

I.6. Deber de entrega del dictamen

1. Más relevante resulta el incumplimiento del deber de entregar el dictamen pericial requerido en un determinado plazo. La hipótesis carece de lógica cuando se trata de un perito designado por la parte, que hizo su trabajo antes de iniciarse el proceso para incorporarlo a la demanda, o tras la presentación y traslado de ésta al demandado, y que efectivamente acompañó la contestación. Si no cumple con los encargos privados a los que se comprometió extramuros del proceso, pechará con la responsabilidad civil contractual correspondiente. Para alguna doctrina se permitiría la aportación del dictamen como diligencia final, concurriendo los requisitos del artículo 435 LEC¹³¹.

2. En el resto de casos la cuestión se divide en la entrega tardía, que sufre los efectos de la preclusión procesal; y la falta absoluta de entrega, que igualmente ha superado el límite preclusivo. En ambos supuestos deberá examinarse la justificación que provea el experto, pero en principio existirá una responsabilidad de tipo civil. Esto ocurrirá, incluso, cuando la causa de la falta de entrega o entrega tardía se deba a una imposibilidad objetiva, siempre que la misma no se haya comunicado convenientemente al juzgador, esto es, cuando el experto tenga conocimiento de ella y advierta que no podrá cumplir con el plazo, o cuando éste finaliza sin haber tenido tiempo de efectuar la tarea. La diligencia final vuelve a plantearse como solución en pos de la efectividad del derecho a la prueba, sin perjuicio que la falta de entrega antes del acto de juicio, sea en el declarativo ordinario o en el verbal, permite la interrupción de la vista por analogía con el artículo 193.1.3º LEC¹³². Debe recordarse que la diligencia final también observa un plazo de veinte días hábiles y, a diferencia de la interrupción, no puede dar lugar a la suspensión y repetición del resto de prueba practicada¹³³.

131. José María ASENSIO MELLADO, en *Proceso Civil Práctico*, IV (artículos 281 a 386), (con otros autores, Vicente Gimeno Sendra dir.), La Ley, Madrid, 2001, p. 660. En contra Joan PICÓ JUNOY, *La prueba...*, cit., p. 60, nota 102, quien entiende que la incompatibilidad entre el peritaje judicialmente designado y el de parte aconsejan eludir riesgos y solicitar, en la demanda o en la contestación, la designación de perito por el juez.

132. José María ASENSIO MELLADO, en *Proceso Civil...*, cit., p. 661.

133. En contra de la preclusión estricta, defiende la aplicación flexible del plazo de veinte días, siempre que no se incurra en dilación indebida (artículo 173 LEC), Sara ARAGONESES ►

3. Si la entrega extemporánea se debe a un error de la oficina judicial, o del mismo juzgador que no estableció plazo de entrega o lo hizo calculando mal los tiempos procesales, no parece aceptable perjudicar a la parte aunque ésta no protestase o discutiese el particular¹³⁴.

Sobre la imposibilidad de aportar el dictamen la jurisprudencia ha establecido que “entrando en un territorio de generalidad jurídica y de principios, [...] para que el perito designado pueda realizar correctamente su dictamen ha de disponer del mayor número de datos y elementos que sirvan para realizar su estudio, y así dar el posterior dictamen, pues una insuficiencia destacable de los mismos dificultaría su realización, lo cual iría en detrimento de la eficacia de dicha prueba de pericia. E incluso si la escasez de medios, datos y elementos fuera debida a la conducta omisiva de una parte, ello deberá ser tenido en cuenta por el Juzgador. Asimismo hay que afirmar, que el perito no está ligado por la prohibición del “non liquet” que obliga a los órganos jurisdiccionales, pudiendo sostener en su dictamen que llegar a conclusiones no es posible por falta de datos y elementos suficientes”¹³⁵.

4. Aparte las razones incardinadas en la fuerza mayor, que permiten suspender los plazos procesales propios –y en puridad deberían utilizarse para alargar los impropios–, aparecen otras opciones ante la falta de presentación a tiempo del dictamen pericial admitido como medio de prueba. En cualquier caso y como regla de principio, el experto tiene la obligación de que su dictamen llegue al tribunal en el plazo por éste ordenado (artículo 346 LEC).

5. La ratificación del dictamen emitido se ha considerado una obligación inherente al cargo de perito. Sobre la misma debe recor-

133. MARTÍNEZ y Rafael HINOJOSA SEGOVIA, “La prueba en general”, en *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Colex, Madrid, 2004, p. 37.

134. A favor de hacerlo SAP Salamanca de 12 de mayo de 2003, en contra de esta resolución y su argumentación, basada en la mera irregularidad procesal de carácter formal de no señalar plazo y la falta de actividad de parte al respecto, Ignacio CUBILLO LÓPEZ subraya que siquiera el artículo 188 LEC parece permitir una suspensión del juicio por ese motivo (“La prueba...”, cit., p. 128 y s.).

135. STS de 30 de julio de 1999, FD 1º (BDEJ 71679).

darse que no es admisible la actuación ratificadora de un representante legal de la sociedad o gabinete encargado del peritaje. Este sujeto podrá dar cuenta de la autenticidad del documento, pero no bastará para afirmar nada en absoluto sobre el contenido experto, que deben ratificar sus autores, o uno de ellos si todos obraron conjuntamente.

6. De otro lado no indica la LEC el plazo a disposición de las partes para efectuar las alegaciones que consideren pertinentes en referencia al dictamen pericial una vez reciban copia del mismo. La doctrina científica considera que se abre un período de tres días¹³⁶.

7. Los dictámenes que se incorporen al proceso, especialmente si esto tiene lugar en un momento posterior al inicial, deben contar con toda la documentación, instrumento o material que sea adecuado para exponer el trabajo pericial objeto de estudio o cualquier documentación adicional que sirva para la mejor valoración (judicial) del informe. Por inconveniencia o imposibilidad, sin embargo, el perito puede optar por efectuar las indicaciones suficientes sobre ello. De ahí que cuando los dictámenes periciales se aportan en un momento inicial, cuando las partes o el juzgador consideren que ese análisis de inconveniencia o imposibilidad del experto es desacertado, hay tiempo para requerir al perito a fin de que aporte los documentos, instrumentos o materiales considerados de utilidad. En este sentido, si la falta de conveniencia radicó en el motivo económico, inabarcable por la provisión de fondos en su caso solicitada y concedida, se planteara si es un gasto a cargo del experto, quien tendría que haberlo previsto, o es un gasto de otra índole que pagan directamente las partes, sobre todo apreciando que el criterio rector es del perito porque es su ámbito de experiencia.

Contra menos tiempo reste en el curso del proceso más dificultades encontraremos en cumplimentar la aportación de documentos, instrumentos y materiales antes mencionada.

136. Miguel LÓPEZ MUÑOZ-GOÑI, La prueba..., cit., p. 314.

I.7. Deber de comparecencia

1. Expresamente se permite la intervención en juicio del perito cuando éste haya sido designado judicialmente (artículo 346 LEC) y también cuando el perito designado *ex parte* lo sea después del momento inicial (artículos 337 y s. LEC). No se prevé cuando el experto y su trabajo se introducen *in limine*, pero resulta aplicable la regla *a fortiori* para evitar el absurdo, pues en todos los casos se participa de una misma justificación, fundamentalmente a efectos de aclaración o contradicción¹³⁷.

En cualquier caso la intervención del experto en la celebración del juicio depende de la voluntad de las partes y del juzgador, con apoyo en el artículo 347 LEC. En efecto, cuando la parte proponente del medio de prueba pericial lo considere oportuno, o lo haga la contraria en ejercicio del derecho a contradecir, cualquiera de ellas puede solicitar que el experto designado judicialmente o por la parte comparezca a la práctica del medio probatorio.

2. En el juicio ordinario, y salvo excepciones de incorporación de peritajes posteriores a la audiencia previa, es en ésta donde deben las partes solicitar la presencia del perito y el tipo de su intervención en el acto de juicio, por formar parte de la práctica de la prueba pericial que se propone.

La citación judicial será una manera de asegurar la presencia del experto y, en su caso, la base legal para solicitar la suspensión de la vista por incomparecencia de aquél (artículo 183.4 LEC). La parte puede optar, sin embargo, por aportar por su cuenta al experto, procediendo a comunicar directamente con él a esos efectos, lo que será común en los casos de peritos designados *ex parte*.

3. El mismo planteamiento debe reproducirse en el procedimiento de juicio verbal, si bien varía, como es lógico, el momento en que debe solicitar la intervención del experto en la vista.

137. En igual sentido Piedad GONZÁLEZ GRANDA, “La regulación...”, cit., p. 21; si bien esta autora añade el objetivo letrado de resaltar un dictamen favorable, extremo que no compartimos.

En el juicio verbal se solicitará la intervención del experto en la vista en el plazo de tres días hábiles a contar desde el siguiente al de recepción de la citación (artículo 440.1 III LEC). El demandante no habrá de esperar a ese momento, pues ya efectuará su petición junto con el escrito de demanda. Para el demandado es perfectamente válido lo previsto en el citado precepto, tanto si se trata de un peritaje presentado por el actor con su escrito inicial como si se refiere al perito que pretende proponer el demandado. Las excepciones a la preclusión del demandante en la aportación del dictamen pericial que le interese impondrán una modificación en el plazo de solicitud: para el actor junto con la aportación tardía. Para el demandado no antes, obviamente, de que la conozca, y si es posible aplicando el mismo tiempo de preclusión del artículo 440.1 III LEC, pues no tendría lógica otorgarle más o restringirle tiempo si se dispone de él antes de la vista. Cuando el litigante no hubiese utilizado alguna de las posibilidades expuestas para conseguir la citación del perito, no podrá pretenderse el éxito de esa petición en la vista, pues cuando menos impondría interrumpir la celebración del acto. Ahora bien, si de lo que se trataba era de aportarlo la propia parte, la citación deviene innecesaria. Presente el perito en la oficina judicial, como sea que el momento de proposición probatoria se efectúa en la misma vista, no parece de recibo, por inútil, exigir una anticipación de la parte en cuanto a la solicitud de intervención del experto cuando puede aportarlo por sí y siquiera sabe si el medio de prueba pericial será admitido. Naturalmente, si era su intención aportarlo por su cuenta y el experto incomparece, como no se trata de un sujeto citado judicialmente no parece posible aplicar el artículo 183.4 LEC y suspender, o el artículo 193.1.3º y 4º LEC e interrumpir.

Debe recordarse que si se solicitó la citación judicial y el juzgador la denegó arguyendo, sin base legal alguna, que sólo procede citar al perito judicialmente designado, no sería lícito perjudicar a la parte cuando en la vista no comparezca el experto pese a que aquélla le comunicó fecha y hora del juicio y la necesidad de que asistiera al mismo.

4. En todos los casos se dará traslado a las partes no solicitantes de la intervención pericial en la vista, para que aleguen lo que consideren oportuno antes de que el juzgador resuelva sobre la petición.

Si el juzgador lo entiende útil y pertinente será judicialmente requerido con la advertencia de que no comparecer puede suponer una sanción pecuniaria procesal, previa audiencia de cinco días a efectos de justificar la incomparecencia, sin perjuicio del delito de desobediencia a la autoridad (artículo 556 CP) para cuando, de nuevo requerido, eluda una vez más, sin justificación, la obligación de comparecer.

Algún autor considera de aplicación el artículo 410.1 CP¹³⁸, mas la comisión de este delito sólo parece posible cuando actúan peritos oficiales, esto es, adscritos al juzgado o a algún organismo o ente público dependiente de la Administración estatal, autonómica o local. En el resto de supuestos, al tratarse de un delito especial propio, en tanto sólo pueden cometerlo autoridades o funcionarios públicos, el profesional privado lo esquivaría irremediabilmente.

5. El propio juez puede decidir de oficio la presencia del perito en el acto del juicio ordinario o en la vista del procedimiento verbal. La doctrina especializada ha entendido que tal hipótesis sólo cabe respecto al perito designado judicialmente (artículo 346 LEC), opción que no compartimos en la medida que la comparecencia persigue aclarar lo que resulte necesario a efectos de valoración de la prueba, siendo absurdo que esta valoración acabe por ser imposible o deficitaria.

A la vista del artículo 347 LEC, en principio se plantean dudas sobre que el juez pudiera ordenar la presencia del perito sin solicitarlo las partes –aparte que se trate de proceso no dispositivo–. Ello es así en la medida que la redacción del precepto se limita a mencionar que el juzgador “podrá también formular preguntas... y requerir de ellos explicaciones”, facultad que se condicionaría a que las partes hayan solicitado la intervención del experto. No se habla, pues, de acordar la presencia del experto, como se observa leyendo el artículo 338.2 II LEC.

Ocurre sin embargo que este último precepto es limitativo: la posibilidad de que el juez acuerde por sí mismo la presencia del perito tiene lugar en el caso previsto en el artículo 337 LEC (“en este caso”).

138. Iñaki ESPARZA LEIBAR, El dictamen..., cit., p. 117, nota núm. 174.

Parece que extender la posibilidad a todo supuesto implicaría servirse nuevamente del argumento *a fortiori*, pero aquí conviene incorporar alguna precisión.

La palabra “también” del artículo 338.2 II LEC puede referirse a que actúe el tribunal junto con las partes, pero esa conjunción de funciones sería errónea porque aquél *decide* y éstas *piden*. Más certeramente, el precepto presupone que el juez está facultado para acordar la presencia del experto en otros supuestos, permitiéndole que haga lo mismo, “también”, en el mencionado. Cuáles son los “casos” permitidos –podrían ser sólo los de oficio– y cuáles no, impone definir una justificación para ellos no aplicable al resto de supuestos. Pero no parece posible encontrarla, con lo que la extensión a todo supuesto resulta lo más razonable.

6. Es conveniente que el perito sepa a qué va al juzgado, de ahí que la precisión de actuaciones que prevé el artículo 347 LEC (aclaraciones, preguntas, ampliaciones, etc.) se acompañaría de su concreto objeto. Dejar de hacerlo no provoca inconvenientes cuando el perito pueda improvisar sin problemas. No obstante, si ello no le es posible, la anticipación señalada habría evitado una interrupción o, quizás, la suspensión del acto. Estas últimas opciones son perfectamente lícitas, teniendo en cuenta que el propio precepto antes citado ya prevé un nuevo plazo para llevar a cabo una ampliación, ubicada en el supuesto de que no pudiera llevarse a término en el mismo acto. Es posible, pues, que se amplíe en el mismo momento que se pida o que se haga más tarde.

7. La presencia en unidad de acto de los distintos expertos actuantes, en virtud de otros tantos dictámenes presentados en el pleito, supone una suerte de careo entre los mismos a efectos de aclarar por qué concluyen de forma diversa sobre un mismo objeto procesal. A veces puede ser posible que el origen de la discrepancia sea ilusorio, simplemente motivado por una diferente metodología o perspectivas de análisis. Es decir, que si todos los peritos hubieran utilizado el mismo sistema o mecanismo de evaluación el resultado hubiera sido similar. El criterio juzgador se centraría entonces en averiguar el método más correcto, escuchando a los expertos sobre el particular.

Pero también puede ocurrir que los peritajes reflejen una enconada diatriba científica, por lo que la valoración de cada experto varía en función de las tesis defendidas. Y en ese caso, paradójicamente, la conclusión del juzgador lego en esa ciencia supondrá una evaluación que para ese litigio en concreto dirime esa polémica científica. Ahora bien, la intelección juzgadora se apoyará en la sana crítica a través del examen de aspectos no puramente científicos.

Como estudiamos al abordar la valoración judicial, no puede el sentenciador efectuar un análisis científico por su cuenta que de la razón a un experto y se la quite a otro. Se basará en aspectos lo más objetivos que sea posible, como podrían serlo la mejor coherencia en el razonamiento del experto, su efectivo reconocimiento de la cosa en vez de su apreciación a través de informes de otros, una metodología más completa, un mejor equipo de análisis o un mayor número de pruebas, etcétera.

8. En puridad, es el juez quien “dirime” la controversia, la resuelve sirviéndose de su sana crítica, pero debe reconocerse una hipótesis en la que acabe siendo el perito quien solucione el problema. Esto ocurre con base en una transacción de las partes, en muchos sentidos cercana a la idea del arbitraje pero que no se confunde con ella. El supuesto sería el siguiente. En cualquier proceso declarativo las partes pueden llegar a un acuerdo sobre determinados extremos, pero mantener la discusión respecto del valor de un bien litigioso, o la secuela de una víctima de accidente, o la incidencia de una antigua lesión en otra nueva, que reduciría la indemnización de esta última. La conciliación intraprocesal daría fin al juicio, normalmente transigiendo sobre intereses y costas, pero el auto que homologaría el acuerdo estaría condicionado a la valoración pericial.

Nada impide que una sentencia definitiva establezca las bases para determinar la cuantía reclamada, esto es, con reserva de liquidación (artículos 209.4^a *in fine* y 219 LEC). El pacto transaccional puede hacer lo mismo, pero en el ejemplo expuesto con anterioridad se trata de algo más, amparado en el carácter dispositivo de los derechos materiales en liza, y sirviéndose de un perito designado de común acuerdo según lista corrida y a cuya conclusión las partes se someten de antemano.

9. La situación es significativamente diferente de lo que ocurre con el perito previsto en el artículo 339.3 LEC, llamado a actuar como un medio de prueba en el juicio declarativo y sometido a la libre valoración del juez, quien dictará sentencia sin vincularse al peritaje emitido. En el caso de la transacción, son las propias partes que se someten al resultado del peritaje –en el ejemplo al *quantum* indemnizatorio controvertido–, por lo que el encargo al perito adelanta un sometimiento de las partes a las conclusiones del experto, como si se tratase de un árbitro que dirime la controversia. En este caso puede afirmarse que el perito *dirime* sin ser “tercer” perito, porque ni escoge entre dictámenes periciales de otros expertos ni ofrece una tercera vía al juzgador. Ofrece un dictamen que es asumido de antemano por las partes, a diferencia del significado de la aceptación prevista en la parte final del antes citado artículo 339.3 LEC.

El único riesgo al que se somete el juzgador es el provocado por la condición, pero a fin de cuentas sólo aparente. Si únicamente se trata de establecer una cantidad dineraria es prácticamente imposible que el profesional correctamente elegido no pueda determinarla, siquiera indirectamente. Por ejemplo, un experto en daño corporal fijará el número de días en que la víctima de un accidente de tráfico estuvo impedido para sus actividades habituales y el resto de días que aun sin estarlo tardó en sanar. Los litigantes habrán transigido en que, obviando las conclusiones que al respecto se efectuaron en los peritajes aportados *ex parte* por cada uno de ellos, aceptarán la conclusión del perito transaccional. Igualmente habrán pactado sobre el valor asignable a cada día impeditivo y no impeditivo, estableciendo importes directamente o por remisión al baremo previsto para los accidentes de circulación. Naturalmente, cuando se presente el dictamen en el juzgado, se dará traslado del mismo a todas las partes para que calculen, con meras operaciones aritméticas, las cantidades procedentes, que obviamente podrán ser corregidas por el juzgador.

La tarea del perito puede ir más allá de ese tipo de cometidos. Se le puede pedir que establezca la relación entre una antigua lesión y otra nueva, reduciendo la indemnización de esta última por la concurrencia del antecedente, o dictaminar sobre si esa lesión anterior ha podido evolucionar hasta convertirse en la que se reclama, de ese modo ajena por completo al accidente que provocó el pleito. A diferencia del juez, el experto no se rige por la prohibición de *non liquet*, por lo que puede con-

cluir en que le resulta imposible determinar si la lesión precedente es o no relevante en lo que al litigio interesa. Establecido que su dictamen completa el contenido del auto transaccional homologado, y que éste es un título de ejecución judicial, sin el complemento no habría título, lo que supondría un impoderable de imposible solución. Para evitar el problema, eliminando el riesgo advertido arriba, el pacto debe ser claro en este punto, por ejemplo estableciendo que si el perito no concluye sobre el particular por imposibilidad, se perjudicará a la parte que alegue ese enlace causal o al que lo niegue. No se trata de aplicar las normas del artículo 217 LEC, sino de las propias que convengan las partes litigantes, pues ya no se trata de una aplicación judicial de la ley sobre unos hechos dados, sino éstos conformados por la voluntad de unas partes con facultad dispositiva de sus propios derechos sustantivos.

10. El coste del perito transaccional se habrá pactado, igualmente, en el acuerdo intraprocesal, normalmente corriendo a cargo de todos los litigantes por partes iguales. Debe matizarse, sin embargo, que no podrá funcionar como una costa procesal de ejecución, primero porque el auto transaccional y su complemento “pericial” forman parte del proceso declarativo y en éste se suele transigir sobre las costas procesales generadas en la primera instancia. Pero en segundo lugar, y más importante, que si ambas partes corren con los gastos a partes iguales, cada una satisface los suyos y nos colocamos en una situación similar a la que tiene lugar con una sentencia sin pronunciamiento sobre costas. De esta forma, cada parte paga las suyas y ninguna puede ser, en sentido propio, condenada en costas, por lo que no cabría la solicitud de tasación prevista en el artículo 242.1 LEC. Se aplicaría directamente la obligación del artículo 241.1 LEC y, al tiempo de producirse, el gasto pericial habría de satisfacerse. Asimismo, como en realidad todavía nos encontramos en la etapa declarativa del proceso, cabe aplicar el régimen general de la provisión de fondos, asegurando el cobro anticipado del perito. Y si no se admite que quepa la aplicación del artículo 342.3 LEC, si la provisión no se realiza es presumible que el peritaje tampoco se hiciera, pero el particular tiene poco sentido si las partes han transigido a su favor. Con todo, y para salvaguardarse del peligro que supondría la imposibilidad de completar el título judicial (el acuerdo homologado), no está de más estipular que, si alguna de las partes no abonara lo que le correspondiera, se sometería al peritaje aportado *in limine* por la parte contraria

(mantenemos el ejemplo de dos peritajes contradictorios previos a la transacción). Esta conclusión, obvia decirlo, supondría un mayor perjuicio para la parte morosa, lo que funcionaría como evidente disuasión sin poder menoscabar el interés de la contraria.

1.8. En especial, la respuesta procesal a la incomparecencia

1. Sobre las consecuencias del incumplimiento del deber de comparecencia acudimos a las previsiones de los artículos 183, 188.2 y 193.1 LEC.

Los dos primeros se ubican en el terreno de la suspensión, el tercero lo hace en el de la interrupción de la vista, supuesto que puede resultar menos dañoso para la agilidad del proceso, aunque no a la unidad del acto.

El artículo 193.1.3º LEC explica que una vez iniciada, podrá interrumpirse la vista “cuando no comparezcan los testigos o los peritos citados judicialmente y el tribunal considere imprescindible la declaración o el informe de los mismos”; o cuando sobrevengan los supuestos de suspensión que luego veremos (artículo 193.1.4º LEC). Se reanudará cuando desaparezca la causa de interrupción, siempre que no hubieran transcurrido veinte días hábiles, supuesto en el cual procederá la repetición de lo actuado en la vista, desde el principio.

2. El primer apartado del artículo 183 LEC establece que “si a cualquiera de los que hubieren de acudir a una vista le resultare imposible asistir a ella en el día señalado, por causa de fuerza mayor u otro motivo de análoga entidad, lo manifestará de inmediato al tribunal, acreditando cumplidamente la causa o motivo y solicitando señalamiento de nueva vista o resolución del tribunal que atienda a la situación”.

No distingue este precepto si el que hubiera de acudir a la vista ha sido citado o no, por lo que sería posible pensar que un perito no citado judicialmente, a quien un litigante llame a juicio, podría considerarse legitimado. No a solicitar un nuevo señalamiento –es algo privativo de las partes, su representante técnico o su letrado–, sino a pedir que el juez resuelva sobre su situación. Frente a los apartados siguientes

tes de ese mismo precepto, donde se repasan supuestos relativos a sujetos judicialmente citados, se explicaría que son ejemplos donde conviene una especificación, sin que agoten el abanico de posibilidades planteadas en el pórtico del precepto. Ahora bien, aquel perito o testigo reclamado al proceso por una parte, es a ésta a quien en su caso comunicaría la imposibilidad personal de acudir. No al juzgado directamente sino a la parte que lo requirió.

3. Por otro lado, el artículo 183.4 LEC regula la posibilidad del perito citado y su redacción confirma este particular: pues cuando no se acepte la excusa de aplazamiento se mantendrá el señalamiento añadiendo un nuevo requerimiento con apercibimiento de multa. No tiene sentido que quien no fue requerido lo sea ahora, con apercibimiento, por haber comunicado una excusa que podía haber callado, pues ninguna consecuencia negativa puede sufrir el perito en manos del juzgador cuando éste no le ha requerido.

El citado artículo 183.4 LEC indica que el perito se encuentre en la misma circunstancia prevista en el apartado primero, lo que orienta a pensar que éste sólo refiere a las partes, sus abogados y sus procuradores. De este modo, por mucho que el experto, considerándose a sí mismo auxiliador imparcial, decida comunicar directamente con la oficina judicial, parece conveniente admitir que es el apartado cuarto del artículo 183 LEC el procedente en lo que ahora interesa: “cuando un testigo o perito que haya sido citado a vista por el tribunal manifieste y acredite encontrarse en la misma situación de imposibilidad expresada en el primer apartado de este precepto, el tribunal, si acepta la excusa, decidirá, oídas las partes en el plazo común de tres días, si deja sin efecto el señalamiento de la vista y efectúa uno nuevo o si cita al testigo o perito para la práctica de la actuación probatoria fuera de la vista señalada”.

Sigue el precepto indicado prescribiendo que “si el tribunal no considerase atendible o acreditada la excusa del testigo o del perito, mantendrá el señalamiento de la vista y lo notificará así a aquéllos, requiriéndoles a comparecer, con el apercibimiento que prevé el apartado segundo del art. 292”. Añadiendo el artículo 183.5 LEC que “cuando el tribunal, al resolver sobre las situaciones a que se refieren los apartados anteriores, aprecie que el abogado, el litigante, el perito o el testigo han procedido con dilación injustificada o sin fundamento alguno,

podrá imponerles multa de hasta 600 euros, sin perjuicio de lo que resuelva sobre el nuevo señalamiento”.

4. El artículo 188.1.4º LEC permite suspender “por imposibilidad absoluta de cualquiera de las partes citadas para ser interrogadas en el juicio o vista, siempre que tal imposibilidad, justificada suficientemente a juicio del tribunal, se hubiese producido cuando ya no fuera posible solicitar nuevo señalamiento conforme a lo dispuesto en el art. 183”. Y tampoco cuando –sigue indicando el precepto– la comunicación de la solicitud para que la suspensión se acuerde se produce con más de tres días de retraso desde la notificación del señalamiento que se reciba en segundo lugar, a cuyo efecto deberá acompañarse a la solicitud copia de la notificación del citado señalamiento (artículo 188.1.6º III LEC)¹³⁹.

El precepto se vincula exclusivamente a las “partes”, no a los peritos, por lo que la imposibilidad de éstos se limita al artículo 183.4 LEC, pero permitiendo igualmente actuar la suspensión directamente en virtud del artículo 188.1.7º LEC. En este último, curiosamente, no se enlaza ningún límite temporal como por ejemplo el de los tres días antes mencionado, acaso por entender que si no se trata de las partes es lícito no cargar sobre ellas una demora en la comunicación de una imposibilidad desconocida hasta el momento de la vista.

En el caso de fallecimiento es claro que no tiene lógica suspender o interrumpir con el fin de que el perito difunto comparezca. Ya no es posible proponer un peritaje en sustitución, pues ha precluido el momento procesal apropiado para ello. Pero quizás convenga que un especialista explique el peritaje confeccionado, al menos con relación a términos o conceptos científicos desconocidos para el juez.

139. Pero no funciona el límite de tres días si la causa es un proceso penal con imputado en prisión (artículo 188.1.6º IV LEC). Recuérdese aquí que, pese a prácticas ilegales que propician determinados jueces del orden penal, la preferencia entre señalamientos a favor de las causas criminales sólo tiene lugar cuando el imputado se encuentra preso. Si no es así es prioritario el señalamiento más antiguo sin distinguir entre órdenes jurisdiccionales, y si los señalamientos fuesen de la misma fecha, se suspenderá la vista correspondiente al procedimiento más moderno. Así se prevé en el artículo 183.6 II LEC, sin que la LECr –norma de igual rango y anterior– u otra regulación legal establezca lo contrario.

5. De nada sirve optar por la diligencia final –si nos encontramos en el juicio ordinario–, pues no perseguimos una prueba pericial, siquiera complementaria, sino explicaciones sobre el dictamen ya elaborado, con el límite de respuestas absolutamente objetivas.

El particular no se resuelve en la LEC, y a lo sumo cabrá servirse de la intervención de otros expertos intervinientes para ese concreto auxilio al juzgador. Si esos otros peritos no hubieran sido llamados renacería la hipótesis de su llamamiento, aunque lo sea de oficio, para que acudan con esa concreta finalidad.

6. En resumen, la suspensión de la vista procede cuando el perito ha sido debidamente citado y, además, concurra causa justa de su incomparecencia (enfermedad o accidente grave, muerte que obligue a sustituir). En tales supuestos debemos recordar que la causa, justa o no según criterio final del juzgador, puede conocerse –y acreditarse– antes o al tiempo de la efectiva incomparecencia en el acto de juicio ordinario o en la vista, pero también sobrevenir a estos momentos. A falta de prueba en contra, el carácter necesario del dictamen pericial impone la suspensión, con requerimiento al experto para que alegue y pruebe la causa de su incomparecencia, sin perjuicio de que este trámite puede tener lugar en el seno del expediente sancionador permitido a través del artículo 292 LEC. Ahora bien, aunque el artículo 292.3 LEC no distingue entre perito citado judicialmente y el que no lo ha sido para acordar o no la suspensión, la hipótesis debe ceñirse al experto citado porque a él se dedica el precepto, como es de ver en la redacción de su primer apartado. Ello no obstante, el peritaje puede seguir siendo imprescindible, comprometiendo el derecho al medio de prueba propuesto y admitido. En tal caso, sin embargo, no existe en la ley una causa de suspensión específica, por lo que el apoyo normativo podría partir de la fuerza mayor (artículo 134 LEC) con el respaldo de la justificación constitucional (artículo 24.2 CE) y en el contexto de la buena fe procesal (artículo 247.1 y 2 LEC)¹⁴⁰.

140. Sobre la fuerza mayor se sostiene una interpretación que encaje cualquier hecho o acontecimiento independientemente de la voluntad de la parte; *sic* Coral ARANGÜENA FANEGO, “Artículo 134”, en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (con otros autores, Antonio María Lorca Navarrete dir.), I, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 840: la autora postula, *lege ferenda*, la expresión “causa no imputable”.

7. A mayor abundar sea dicho que algunos jueces niegan la posibilidad de citar a los peritos designados por la parte, entendiendo que es ésta la que debe aportarlos a la causa si se precisa su intervención en el acto de juicio. Sin embargo, con independencia que proceda la responsabilidad civil contra el experto cuya incomparecencia produce un daño, ya que el argumento esgrimido para no citar judicialmente no está previsto en la ley, sería injusto que luego se negase la suspensión por no preverse en el artículo 188 LEC mas que para los citados judicialmente, siempre y cuando el peritaje fuese imprescindible para el pleito.

1.9. El deber de abstención

1. El perito tiene obligación de abstenerse en función del artículo 100.2 LEC, si bien este precepto se ubica en el mismo ámbito que la recusación y, con ello, parece dirigirse exclusivamente a los expertos judicialmente designados, los únicos que pueden ser recusados.

En efecto, se ha considerado que a la vista del contenido del artículo 342 LEC, referido a la designa judicial de peritos, la abstención sólo procede cuando se trate de esos supuestos, no cuando el experto hubiera sido designado por las partes¹⁴¹. Es lo cierto que a lo largo de la regulación de la abstención se insiste en el artículo 342 LEC (artículos 105.2, 126, 127.3 LEC), por lo que si se tratase de un perito *ex parte* que se abstuviera, carecería de sentido buscarle un sustituto operando como si se tratara de una designa judicial, como ocurre en susodichos artículos.

2. Si se vincula a la recusación, la abstención parece tener sentido como su antesala, salvo con la particularidad de que las partes pueden conocer la identidad del experto antes que éste descubra la de aquéllas, por lo que las partes pueden proceder a la recusación antes de

141. En este sentido Miguel LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 200; el autor refiere la excepción para el “nombrado por una de las partes”, si bien entendemos que quería indicar el designado por una de las partes, pues el nombramiento siempre se realiza por el juzgador.

que el propio perito pueda anunciar su voluntad de abstenerse. Sobre todo porque la abstención no le será posible por el mero hecho de recibir la comunicación de la designa, sino por conocer la identidad de los litigantes y el objeto de la pericia. La cuestión se solventa con la comparecencia prevista para el perito en el trámite recusatorio, donde el profesional puede aceptar la causa de recusación alegada por otro.

Pero quizás convenga enlazar el deber de abstenerse con la obligación genérica, para todo tipo de perito, de obrar con objetividad e imparcialidad, a ligar con el derecho de alegar excusas o causas de no aceptación del cargo. En el supuesto de que confluyera el deber y el derecho vencería la obligación de excusarse, para no vulnerar la genérica obligación de imparcialidad, fundamento real de este deber que no discrimina entre tipos de peritos¹⁴².

3. Si se tratase de un perito designado por la parte sería desajustado, como quedó dicho, remitirnos al cauce de su sustitución y al artículo 342 LEC. Esto colocaría a la parte en situación de peor derecho por cuanto dada la abstención no dispondría según la ley de ninguna manera para sustituir a su experto y conservar el medio de prueba perseguido.

4. La excusa cabe en cualquier momento en que el perito se descubra inmerso en la causa de no aceptación, lo que puede ocurrir tanto antes como después de la designación. Pero también que cuando ésta ya ha tenido lugar no procede más que la abstención –si no se excusa en el plazo de cinco días se entiende aceptación tácita–, mientras que antes de ser designado no cabe abstenerse del cargo sino excusarse, esto es, alegar una causa de no aceptación. Por la inercia de la abstención y recusación de jueces y magistrados suelen vincularse ambos institutos¹⁴³, pero debe considerarse que aunque se unan fácilmente en el régimen del perito judicialmente designado, la abs-

142. Cfr., en este Capítulo, epígrafe I, apartado 1.

143. No para el Ministerio fiscal, sin embargo, pese a la crítica que ello merece; cfr. Niceto ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, “Lo que debe ser el Ministerio público”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Góngora, Madrid, 1934, pp. 18 y s.; en similar sentido Ricardo YÁÑEZ VELASCO, “De la Abstención y Recusación”, en *Formularios de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros autores), Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2000, p. 117, nota núm. 2.

tención funcione como una figura independiente, a modo de excusa sobrevenida o renuncia obligatoria tras la aceptación. El único requisito que debe cumplir el perito es haber desconocido la causa de abstención cuando aceptó el cargo, si se da el supuesto de que la causa ya existía en ese instante.

No respetar este requisito podría tergiversar el sentido que nuestro legislador ha otorgado a la tacha de peritos, igual que a la de testigos, que de admitirse por el juzgador no los excluye del proceso sino que incide en su desvalorización. Por eso que si cualquier perito conoce la causa de abstención genérica –la duda objetiva sobre su imparcialidad– o alguna de las causas específicas, debiera manifestarlo en todo caso. Si se trata de un perito judicialmente designado y el juez coincide con él, provocaría la misma consecuencia que una recusación exitosa. Si se trata de un perito designado por la parte y todavía no ha aceptado, se buscaría un sustituto. Si ya lo hizo no puede ocurrir lo mismo sin desbaratar el medio probatorio propuesto y admitido, pero igual ocurriría con una excusa sobrevenida. De ahí que no deba el perito examinar las causas de tacha –para auto-tacharse– sino las causas de abstención, por mucho que unas y otras expresen cualquier posibilidad de duda sobre la imparcialidad del experto.

5. Como postulado general, no se trata de que el experto advierta al juez sobre la causa existente y éste pueda valorar o no la pericia de un modo u otro a la hora de sentenciar. Lo que debe permitir es la abstención de la tarea pericial, lo que impide la existencia de un peritaje y así de cualquier valoración judicial sobre el mismo, convocando la necesidad de un perito que lo sustituya.

Pero al igual que ocurre en los supuestos de recusación tardía, y por ello invariable, la abstención demorada también es improcedente. De ahí que en ambos supuestos sólo reste, al fin, examinar la causa de recusación/abstención como se examina la tacha, en el terreno de la valoración probatoria.

Si no fuese así, una causa sobrevenida, que implicase la exclusión del perito de la causa y la búsqueda de un sustituto, como legítimo modo de actuar en pos del derecho a la prueba, dilataría enormemente el proceder. Ahora bien, como en el fondo el derecho a la prue-

ba sigue viéndose afectado si el juzgador estima que el perito actuó parcialmente, esquivando valoración alguna del peritaje practicado, sólo quedaría la segunda instancia para cumplir con el derecho constitucional fundamental mencionado. Esta opción tiene más sentido que una sustitución del perito en todo caso, sea cual sea el momento de advertirse la causa antes de dictar sentencia, pues el examen del juez puede concluir en la plena imparcialidad del experto y valorar su trabajo en sentencia sin ningún tipo de inconveniente, desapareciendo la amenaza que sobre el derecho a la prueba se ha expuesto. Nótese, pues, que en el ámbito de la recusación y abstención *en plazo* estamos ante un análisis de mera hipótesis: no hace falta demostrar la parcialidad en la actividad pericial –máxime cuando acaso todavía no ha comenzado– sino la mera posibilidad objetiva de ello.

6. En los casos de alegación extemporánea, igual que en las tachas, el juez analiza, en primer lugar, no la causa alegada con respecto a la persona del perito sino con respecto al peritaje, para concluir, en segundo lugar, si el mismo es parcial o imparcial en el caso concreto, concurra o no, objetivamente, la causa de recusación, tacha o abstención alegada con respecto al experto persona física.

II. La recusación y la tacha

II.1. Causas de recusación

1. El común denominador de las causas de recusación –de igual modo en las de abstención– se reduce a la vinculación existente entre el perito y la parte. Ese vínculo suele ser profesional y debe ser previo al proceso, pues obviamente no podría utilizarse la relación contractual inherente a los peritajes con experto designado por la parte, algo *previo* al proceso pero *ordenado* hacia él. Pero debe discriminarse entre aquellos expertos que normalmente trabajan en pleitos con un determinado letrado –no el cliente de éste– y aquellos otros subordinados de un modo u otro a la parte –al cliente–, de manera perenne u ocasional pero sustancialmente representativa.

2. El artículo 124.3 LEC indica que “además de las causas de recusación previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, son causas de recusación de los peritos: 1ª Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso. 2ª Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo. 3ª Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso”¹⁴⁴.

Con la primera y segunda causas se busca evitar una parcialidad perjudicial. La primera, además, guarda similitud con la prevista en el artículo 219.6º LOPJ, si bien matizando que la intervención del perito suponga emitir dictamen desfavorable, siendo posible, también, que esto ocurra fuera de un proceso, pero tratándose del mismo asunto.

En la segunda se busca anular la dependencia *presente* (“...ser...”), llamando la atención que la prestación de servicios no tenga que serlo (“haber prestado...”).

Con la tercera tanto cabe una influencia perjudicial como favorable, pues en ese caso “la parte” puede ser, tanto la proponente como cualquier otra. No se superpondría a la causa prevista en el artículo 124.3.2ª LEC, pues en un caso se trata de la vinculación con la persona jurídica (el perito participa de la sociedad, empresa o establecimiento que comparece como parte a través de representante) y en otro de la persona física (comparece un socio que es litigante contrario de la parte recusante).

3. Por su parte, el artículo 219 LOPJ contempla causas de recusación, que también lo son de abstención, aplicables a jueces y magistrados y por remisión al perito¹⁴⁵. En realidad, algunas son muy difíciles de adaptar al cargo pericial, por ejemplo las causas 11^{a146}, 12^{a147} y 14^{a148} del artículo 219 LOPJ:

144. SAP Granada (Secc. 4ª) 22 de septiembre de 2003 (EDJ 176529).

145. Algunos autores sólo mencionan el artículo 219 LOPJ en su punto 5º: Juan Luis GÓMEZ COLOMER, “Capítulo 15º. La prueba (IV)...”, cit., p. 363; acaso un error de imprenta.

146. “Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”.

147. “Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa”; salvo que la parte haya sido subordinada del perito.

El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal (artículo 219.1ª LOPJ).

Este último funciona, en principio, como una parte procesal más, por lo que para los procesos en que intervenga (normalmente los indisponibles), habría sobrado la mención expresa. No obstante, el carácter técnico del fiscal justificaba la reducción de su vinculación hasta el segundo grado, por ser una parte meramente formal, como ocurría con la legislación anterior a la reforma¹⁴⁹.

El matrimonio es impedimento obviamente, que desaparece por divorcio o nulidad, pero no por separación judicial ni de hecho, lo que ciertamente carece de sentido. En efecto, desde una perspectiva estricta la separación de los cónyuges no elude la causa recusatoria, si bien lo que habría de importar es la relación de pareja o vida en común, de ahí que se incluya la disyuntiva "...o situación de hecho asimilable". En ese sentido se ha destacado que lo fundamental es la actualidad de la relación de afectividad¹⁵⁰.

El cuarto grado consanguíneo alcanza al primo hermano del perito, teniendo en común los mismos abuelos.

El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa (artículo 219.2ª LOPJ).

La reducción de grado parental referida en la anterior causa tiene lugar aquí reiterando el sin sentido de equiparar el fiscal a la parte y no al letrado o procurador, pues aunque estos no son partes a dife-

148. "En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado [léase perito] con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o información respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1ª a 9ª, 12ª, 13ª y 15ª de este artículo".

149. V. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, "De la Abstención...", cit., p. 128, nota núm. 28.

150. En este sentido Ricardo YÁÑEZ VELASCO, "De la Abstención...", cit., p. 136, nota núm. 34.

rencia del Ministerio público, éste acoge la función procesal de un modo artificial o meramente formal.

Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas (artículo 219.3ª LOPJ).

El supuesto más sencillo para el perito residiría en haber formado parte de un órgano tutelar, pero nada impide que participe del resto de hipótesis.

Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento (artículo 219.4ª LOPJ).

La terminación procesal penal señalada no libra al perito absuelto de toda sospecha, pues éste habrá sufrido la pena de banquillo a causa del denunciante. De todos modos, el particular se podría reconducir a la causa de enemistad manifiesta del artículo 219.9ª LOPJ.

Por su parte, no discrimina el legislador entre el auto de sobreseimiento libre y el provisional, mientras que sólo el primero se equipara a la absolución, que en el redactado legal se une al sobreseimiento por una conjunción disyuntiva que parece buscar la dicha equiparación.

Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes (artículo 219.5ª LOPJ).

La responsabilidad disciplinaria del perito pasaría por el expediente gubernativo incoado en el sí de un proceso o por el expediente disciplinario del colegio profesional que correspondiera.

Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo (artículo 219.6ª LOPJ).

La defensa o representación jurídicas pueden resultar extrañas para un perito, al igual que dictaminar como letrado o actuar como fiscal. No tiene cabida la “intervención” como perito, a través de un medio de prueba, pues esa circunstancia es presupuesto ineludible para examinar la procedencia o no de causa. Resta, pues, haber actuado como testigo en el mismo proceso, lo cual es directamente incompatible con la función pericial. Como la ley no singulariza, es también posible que el perito hubiera intervenido sin emitir dictamen, por ejemplo como práctico en prueba de reconocimiento judicial.

Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes (artículo 219.7ª LOPJ).

A diferencia de la causa del artículo 219.4ª LOPJ, basta la denuncia o acusación a alguna de las partes. No importa cualesquiera de estas, puede incluso tratarse del litigante proponente, sobre todo cuando la designa *in personam* escapase a su control (sorteo), y por supuesto –como para las demás– cuando el conocimiento de la causa o su propia realidad sobrevienen. No importa sea o no actual y prescinde de los condicionantes del artículo 219.4ª LOPJ, si bien la relación entre una parte y un perito, sea denunciante o acusador uno u otro, no debiera suponer diferencias de interés en el terreno de las dudas sobre imparcialidad.

Tener pleito pendiente con alguna de estas partes (artículo 219.8ª LOPJ).

El pleito pendiente puede ser civil o seguido en otro orden jurisdiccional, pero en él el perito tendrá que actuar como parte procesal, no como el experto que es en el contexto recusatorio de examen que estamos efectuando.

Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes (artículo 219.9ª LOPJ).

Esta causa obliga al casuismo, pero siempre bajo los usos sociales del lugar en que vivan los protagonistas¹⁵¹.

151. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, “De la Abstención...”, cit., p. 130.

Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa (artículo 219.10ª LOPJ).

La relación directa permitiría que el perito fuese parte procesal, la indirecta casi cualquier enlace entre los intereses del sujeto y los efectos del proceso.

Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo (artículo 219.13ª LOPJ).

Especialmente complicado, de nuevo, que un perito se encuentre en esta tesitura.

El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso (artículo 219.15ª LOPJ).

Haber ocupado el juez o magistrado [léase perito] cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad (artículo 219.16ª LOPJ).

Es difícil que el perito se ubique en este tipo de causa, introducida a consecuencia de significadas razones de índole política por la L.O. 5/1997, de 4 de diciembre¹⁵². Tras otra reforma, en este precepto se suprimió “formar criterio” sobre “partes, representantes o asesores”, manteniendo únicamente el “objeto” litigioso.

152. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, “De la Abstención...”, cit., p. 132.

II.2. Procedimiento de recusación

II.2.1. Precisiones generales

1. Los artículos 125 y ss. LEC señalan el procedimiento a seguir en los casos de que se pretenda recusar a un perito judicialmente designado. Legitimados para recusar son las partes procesales, con inclusión del Ministerio público cuando pueda o deba intervenir por la naturaleza de los hechos.

2. De buen principio los litigantes pueden indicar aquellos profesionales que consideren incursos en una causa de recusación, a fin de que se excluyan del nombramiento. Si la designa se ha producido, por la suerte o por una decisión *ex parte*, cabe alegar una concreta causa de recusación en el designado. Y puede hacerlo el mismo litigante que lo designó cuando conozca, luego de su designa, la mencionada causa.

Ciertamente se apunta, según el texto legal, que es la comparecencia de designación el momento idóneo para recusar. Pero si bien es entonces cuando se conoce el nombre del perito, puede que en ese instante ninguna parte se halle presente, sino sólo sus abogados –y acaso también los procuradores–, siendo difícil exigir que estos deban conocer alguna de las vinculaciones del experto con el litigante motivadoras de su recusación (por ejemplo amistad íntima o enemistad manifiesta). De ahí que cuando el letrado comunique a su defendido –comunicación que a esos efectos debería tener lugar cuando la parte no hubiera estado presente en la comparecencia de designación– este último podrá decir si concurre o no alguna causa de recusación.

II.2.2. El trámite

1. La parte presentará escrito dirigido al personal jurisdicente con firma de su abogado y procurador cuando estos intervengan en el pleito, indicando causa y medios de prueba, con tantas copias como recusado y resto de partes hayan. El plazo de presentación depende de la causa: anterior a la designa (dos días después de la notificación del

nombramiento), posterior a la designa pero anterior a la emisión del dictamen (antes del día de juicio o vista o a su comienzo).

2. Una vez celebrado el acto de juicio ordinario o verbal no es posible recusar. La excepción refiere a las causas de recusación existentes al tiempo de emitir el dictamen pero conocidas después del juicio o la vista. En esos casos pueden ponerse de manifiesto al tribunal antes que dicte sentencia y, si ello fuese tarde, al tribunal competente para resolver en segunda instancia, siempre y cuando, naturalmente, ésta se haya abierto.

3. Si no se activa el trámite de recusación según establece el precepto antecitado opera la preclusión del mismo modo que para jueces y magistrados, considerando que el perito ya no podrá ser tildado de parcial y llevará a cabo su tarea sin inconvenientes de ese tipo. Pero debe insistirse que nada impide que tengan lugar causas de recusación sobrevenidas y, antes de dictar sentencia, se haga llegar al juez, o en su caso se pongan de manifiesto en la segunda instancia.

4. Cumplida la forma escrita indicada y presentada dentro de plazo, procederá el traslado oportuno de las copias –requisito subsanable–, citando de comparecencia al experto recusado para que manifieste ante el Secretario Judicial la certeza o falsedad de lo alegado. Si reconoce la causa, y el tribunal considera fundado el reconocimiento, ya no habrá más trámites para declarar su recusación, buscar el reemplazo del suplente o, si ya se tratase de éste, volver al contenido del artículo 342 LEC (mero proceder de identificación y designación).

Aun admitida la causa de recusación por el experto, el juzgador examinará su procedencia antes de resolver sobre el particular, pudiendo incluso rechazar la recusación para evitar hipotéticos fraudes, incluso antes de saber si los litigantes no recusantes están o no de acuerdo con el criterio del experto.

5. Cuando se negase la causa alegada o, reconocida, el tribunal la rechazase, las partes serán citadas a comparecencia con los medios de prueba oportunos, sirviéndose de letrado y causídico a la que asistirían cuando su presencia sea preceptiva en el proceso principal.

En esta situación el perito podría comparecer voluntariamente o ser requerido para que lo haga a fin de responder a preguntas y aclaraciones sobre los medios de prueba y alegaciones que las partes recusantes o contrarias a la recusación pudieran realizar, y en último término del propio juzgador.

6. Decaerá la posibilidad de recusar por desistimiento tácito del recusante que no comparezca al acto. En efecto, si no comparece el recusante se considera desistido en su petición, pero ninguna consecuencia opera por no comparecer el resto de litigantes. Si lo hicieran podría tener lugar un acuerdo sobre la existencia de la causa de recusación alegada, procediendo a la designación del siguiente perito de la lista, cuando ésta existe, o a una designación *ex novo*, si no la hay. Se plantea, de todos modos, si el juez debe acatar el acuerdo o debe, también, proceder a un examen de la causa con independencia de la voluntad de las partes, en el bien entendido que recusar o no hacerlo es ajeno al objeto litigioso. Forma parte de la determinación de un medio de prueba auxiliar para ese propio juzgador.

7. Cuando comparezca al menos el recusante, se abrirá el trámite de admisión y práctica probatoria correspondiente. Y cuando no haya posibilidad de acuerdo se celebrará el contenido probatorio de la comparecencia (documentos, testigos), según las propuestas de las partes comparecientes, que alegarán lo que consideren oportuno.

A continuación resuelve el juez sin posibilidad de recurso, aunque también sin perjuicio del derecho de las partes a plantear la cuestión en la instancia superior: cuando se desestime la recusación el perito deberá continuar desempeñando su función, cuando la recusación sea estimada se suplirá al perito como en el caso anterior (sea con suplente o mediante el proceder del artículo 342 LEC). Veamos algunas particularidades.

II.2.3. Las consecuencias

1. La abstención o recusación de un perito impone la sustitución por otro, siguiendo el mismo procedimiento original, sea el sorteo, sea

el acuerdo entre litigantes, acuerdo que de no producirse conducirá igualmente a una decisión por azar¹⁵³.

Si la abstención alegada se deniega por el juzgador, o se rechaza el reconocimiento del recusado, el perito deberá aceptar y jurar o prometer el cargo, sin perjuicio de insistir en la negativa a peritar, acaso sabedor que no prevé la LEC ninguna consecuencia específica.

Se pretendió en el trámite parlamentario de la LEC, merced a una infructuosa enmienda por la que quien no aceptase el cargo se exponía a ser excluido de las listas de colegios y asociaciones profesionales que anualmente se remitían a los juzgados¹⁵⁴.

Para algunos autores procedería, en la práctica, sustituir un perito por otro como si la causa de abstención hubiese sido admitida por el juzgador, olvidando que ante la falta de aceptación procedente, tras el oportuno requerimiento, el experto puede cometer un delito de desobediencia a la autoridad.

Asimismo, debe quedar claramente identificada la persona física recusada, pues en ocasiones existen planteamientos erróneos del recusante.

2. De otro lado conviene recordar aquellas actuaciones que corresponden a la parte, como es por ejemplo discutir un error en la designación de la persona del perito cuya cualificación profesional no corresponda con la judicialmente acordada (recurso o protesta).

Por ejemplo, la causa de recusación no puede prosperar "porque el "visto bueno" a un informe pericial precedente, emitido por médicos incorporados a la "Cátedra de Medicina legal", no equivalía a la emisión del informe y, segundo, porque la prueba así acordada no es mas que una ampliación de la ya realizada [...] a la que por razón del mismo concepto, no cabía aplicar la referida causa de recusación"¹⁵⁵.

153. Eduardo FONT SERRA, *El dictamen...*, cit., p. 109.

154. Roger PERROT defendía la posibilidad de sancionar al perito por retraso en su trabajo, por ejemplo impidiéndole actuar como perito en el futuro, v. "La eficacia del proceso civil en Francia", en *Para un proceso civil eficaz* (con otros autores), Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, p. 192.

155. STS de 19 de abril de 1999, FD 1º (BDEJ 71284).

En la jurisprudencia se ha postulado el recurso por la invalidez de un dictamen pericial emitido por aparejador cuando se había admitido la propuesta de un arquitecto, resolviendo el tribunal que “el ataque a la valoración de la prueba pericial a cargo de los órganos judiciales de las instancias sólo procede, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, a efectos de poder acoger el desacierto denunciado, si resulta que las conclusiones obtenidas lo han sido al margen de las pruebas llevadas a cabo, o se presentan ilógicas con acreditada incoherencia o irracionalidad entre sí, y también si se alcanzan conclusiones absurdas, disparatadas, extrañas al proceso, por lo que su censura casacional cabe si se dan dichos supuestos, que vienen a representar un fallo deductivo atentatorio con intensidad a la sana crítica, [...] lo que aquí no ocurre en este caso, por lo que el motivo procede ser rechazado”¹⁵⁶.

3. Consecuencia fundamental de la recusación es el punto y final de las tareas periciales del experto recusado, de ahí que proceda comunicarle la resolución por la que se acuerda su recusación. En ese momento cesará el posible devengo de honorarios¹⁵⁷, procediendo el requerimiento de entrega de aquellos efectos, documentos o piezas que tenga en su poder para peritar.

Todo esto no se encuentra previsto en la ley pero deviene inevitable, sin necesidad de recurrir a la figura del interesado, merecedor de que se le notifique toda resolución judicial que le afecte aún sin ser parte en el proceso, según el artículo 150.3 LEC¹⁵⁸. Esta previsión normativa nada apunta sobre el contenido de la comunicación, que no puede basarse en la simple notificación de la recusación. Es preciso conocer las consecuencias inherentes a la misma, donde quizás *lege ferenda* hubiera que incluir la condena en costas del perito que negó la causa

156. STS de 6 de abril de 2000, FD 2º (EDJ 7011). Véase, en general, Víctor FAIRÉN GUILLÉN, “Las reglas de la Sana crítica y casación (Sobre la sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1990)”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1990-I, pp. 7 y ss.

157. Más adelante veremos cuándo procedería el cobro de los mismos hasta la recusación y cuándo no resulta justificable, cfr. *infra* Capítulo Sexto, epígrafe VI, apartado 7.

158. A favor del uso de este precepto, Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 194.

de recusación, algo que podría haber evitado la subsiguiente comparecencia incidental de las partes y la práctica de medios de prueba. Sólo si aceptada la causa por el experto el juez no atendiera al particular, pero finalmente estimase la causa de recusación, habría que justificar la indemnidad del experto respecto al coste del incidente.

4. El artículo 128 LEC impone el pago de las costas del incidente recusatorio a la parte incidentalmente vencida, por remisión al artículo 112 LEC: el recusante si se rechaza la recusación (salvo que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento). Además, si el juez declara expresamente la existencia de mala fe en el recusante, podrá imponerle una multa de 180 a 6.000 euros. Si la recusación tiene éxito no se discrimina entre quienes se hubieran opuesto a la recusación, sean o no partes, pues nada mencionan al respecto ni el artículo 128 ni el 112, ambos de la LEC. La regla general en estos casos, por consiguiente, será que cada parte satisfaga las costas incidentales que hubiera generado.

II.3. Tachas

II.3.1. Las causas

El artículo 343 LEC advierte que “sólo podrán ser objeto de recusación los peritos designados judicialmente”, mientras que los expertos designados *ex parte* y no recusables podrán ser objeto de tacha cuando concurra en ellos alguna de las previstas en la ley, y que son las siguientes:

Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores.

El vínculo matrimonial reitera la causa del artículo 219.1ª LOPJ, así como el parentesco hasta el cuarto grado con la parte. Se amplía, a su vez, el segundo grado de relación parental con abogado o procurador previsto en la causa del artículo 219.2ª LOPJ.

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

Prácticamente se trata de una causa idéntica a la prevista en el artículo 219.10ª LOPJ, si bien en ésta se añade la vinculación objetiva del perito con un pleito semejante, ampliando un tanto el ámbito de posibilidades. La semejanza tendría que ver con similitudes relativas al fondo del asunto, sean o no iguales los peritajes necesarios de uno y otro litigio.

Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores.

La dependencia pasada o presente se suma a la comunidad y al conflicto de intereses, recordando en parte las causas de recusación de los artículos 124.3.2ª y 124.3.3ª LEC, si bien con extensión del enlace subjetivo, pues además de las partes se encuentran los abogados o los procuradores.

Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados.

Una vez más se reitera una causa de recusación, la prevista en el artículo 219.9ª LOPJ, ampliando su ámbito subjetivo hasta el abogado o el procurador. En la práctica puede resultar fácil que con el transcurso de los años y sucesivos encargos el perito trabee amistad con determinados abogados o procuradores, sobre todo por no resultar extraño que aquellos acostumbren a trabajar con los mismos expertos.

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

1. Existe una causa de tachar a modo de cierre, pero no al modo de sospechar justificadamente sobre la parcialidad o de advertir algún tipo de causa que supusiera dudas sobre la imparcialidad, sino referida a la acreditación de un demérito profesional.

Existe una cláusula abierta en el Derecho procesal civil alemán, que funcionaría como cláusula de cierre en el primer sentido indicado, sin incidir directamente en la profesionalidad del experto¹⁵⁹. Nótese

al respecto que las sospechas sobre la falta de imparcialidad no suponen de necesidad que el perito designado judicialmente o el propio juez sean parciales —o mejor dicho, que vayan a serlo—, y sin embargo bastan para recusarlos. No por ello se verá afectado su prestigio profesional en el sentido de culpabilizarlos de parciales, si bien es cierto que, en ambos casos, hubiera procedido su abstención y, tal cosa, sí que constituye un demérito profesional.

2. En cuanto al ámbito de aplicación de las tachas en nuestra normativa, donde la abstención en sentido estricto no existe pero podría reconvertirse en causa para no aceptarse el cargo de perito, sí se efectúa un juicio de parcialidad contra el experto. El mismo tiene por objeto, precisamente, que el juzgador no valore sus conclusiones en tanto parciales. Es más, ante ese tipo de “acusaciones” se prevé que a solicitud del experto el juzgador “limpie” su prestigio en resolución aparte, lo que no puede desvincularse de mérito profesional concretamente ejercido en el sí de ese proceso. En definitiva, si un perito es tachado se ve afectado desde el punto de vista profesional, por lo que con independencia de otro tipo de cláusulas pretendidamente más abiertas, la actualmente redactada es perfectamente compatible con el sentido de las tachas y su evolución en el pleito civil.

II.3.2. El momento

1. En el seno del juicio ordinario, si los dictámenes se aportaron con la demanda o la contestación las tachas deben proponerse en la audiencia previa al juicio. Cuando se incorporen al proceso dictámenes de peritos designados por las partes después de la demanda o la contestación no se recoge en la LEC el límite preclusivo para plantear la tacha. Nada impide que el particular tenga lugar tan pronto sea

159. De ella se hace eco Joan PICÓ JUNOY, *La prueba...*, cit., p. 71. Sobre el artículo 42.2 ZPO véase Adolf BAUMBACH, Wolfgang LAUTERBACH, Jan ALBERS y Peter HARTMANN, *Zivilprozeßordnung*, Verlag C. H. Bech'sche, München, 1997, pp. 125 y s.; Heinz THOMAS y Hans PUTZO, *Zivilprozeßordnung*, C. H. Bech'sche, München, 1997, pp. 96 y ss.; Richard ZÖLLER et. al., *Zivilprozeßordnung*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1997, pp. 163 y s.

posible y siempre antes o durante el acto de juicio, en el bien entendido que después difícilmente podría el juzgador valorar la tacha en su apreciación conjunta de la prueba.

No podría constituir alegación extemporánea motivadora de sanción, pero provoca un problema, cual es cómo proceder a la prueba de la tacha alegada. Cuando el señalamiento sea inminente lo más lógico es esperar el inicio de la vista o juicio, si bien la parte que se oponga a la tacha, de no ser advertida, quizás no podrá hacerse con los medios de contraprueba oportunos. De hecho, la dicción del artículo 344.1 LEC impone que la tacha efectuada por un litigante haya sido trasladada al resto de partes a fin de que puedan contradecir “aportando los documentos que consideren pertinentes a tal efecto”. Si un litigante formula una tacha en el momento de la vista o juicio, no estará vulnerando la preclusión ordenada (“...después del...”), pero será en ese momento que el resto de litigantes personados conozca el particular, lo que permitiría reclamar un mínimo de tiempo para conseguir el acopio documental indicado.

2. En los juicios verbales las tachas no podrán formularse después de la vista, por lo que antes de ello no se establece límite alguno para su formulación, padeciendo el mismo inconveniente en cuanto al procedimiento probatorio.

II.3.3. La prueba de la tacha

1. Para justificar la tacha alegada cabe proponer cualquier medio de prueba conducente, con excepción del testifical, siguiendo el correspondiente trámite de admisión y práctica según las reglas generales.

Nótese, asimismo, que quien formula la tacha puede aportar cualquier medio de prueba salvo el testifical, mientras que quienes optan por contradecirla vienen limitados a documentos. La igualdad de armas procesales no parece resistirlo, y debemos entender que los segundos tendrían que encontrarse en igualdad de condiciones probatorias. Para evitar el problema sólo puede entenderse que la aportación documental es necesaria, pero no limitativa, aunque la exigencia de pertinencia, a juicio de la propia parte, hace perder sentido al argumento.

2. Como apunte final quepa indicar que si un perito designado judicialmente no se encuentra incurso en una causa de recusación, pero se advierte la concurrencia sobre el mismo de una causa de tacha, ésta es inviable porque su régimen es bien claro al referirse en exclusiva al perito designado *ex parte*. Es ciertamente difícil que materialmente ocurra, merced a la laxitud de algunas causas de recusación, por ejemplo el interés indirecto en el pleito. Llama la atención que dos peritos que se encuentren en la misma situación suponga la tacha de uno y no del otro, cuando el sentido de aquélla se obtiene bajo un fundamento probatorio que es equivalente en todo supuesto. Claro está que el juzgador disfruta de su libre convicción a través de la sana crítica y puede introducir el contenido de la tacha y sus consecuencias valorativas respecto del peritaje designado judicialmente, sin que en sentido propio haya tenido lugar ninguna tacha. Nada impide que la parte que se considere perjudicada lo ponga de manifiesto al valorar la prueba practicada. Sin embargo, es evidente que nunca tendrá lugar el trámite probatorio previsto para las tachas cuando se trate de peritos designados por el juez, de ahí que sin acreditación suficiente el juzgador no podría utilizar el argumento para afinar su valoración probatoria en el mismo sentido que lo haría con respecto a un perito tachado justamente, es decir, probada la causa de tacha.

III. Responsabilidad disciplinaria: colegial y procesal

III.1. La dinámica colegial y su evitación

1. La responsabilidad colegial funciona en el ámbito de la ética profesional y el prestigio de la institución a la que pertenece el colegio¹⁶⁰. Es cierto que en aras de ese prestigio el colegio profesional puede luchar contra el intrusismo o las prácticas ilegítimas de quienes no están inscritos en ese colegio –incluso aunque lo estén en otro–. Pero no habrá posibilidad de sancionar al sujeto que obre al margen

¹⁶⁰. Eduardo FONT SERRA, *La prueba de peritos en el proceso civil español*, Hispano-Europea de Derecho, Barcelona, 1974, p. 89.