

Capítulo III

Procedimiento probatorio

El procedimiento probatorio no consiste en una sucesión de actos caprichosos que en ocasiones pueden resultar un obstáculo para alcanzar la “verdad”. No se trata de formalismos sin sentido ni utilidad, sino que son expresión del principio de legalidad procesal y evidencian que no es admisible la prueba obtenida de cualquier forma alega cuando no ilegal²⁴⁵.

El procedimiento probatorio se configura como una sucesión de actos que la ley preordena lógicamente para llegar al resultado de la fijación de los hechos. Se esquematiza sintéticamente en la proposición de los medios de prueba²⁴⁶, en su caso, admisión y, por último, práctica si se ha admitido. En el juicio ordinario, proposición y admisión se realizará al final de la audiencia previa y se practicará generalmente en el juicio; en el juicio verbal, todo ello se llevará a cabo durante la vista.

245. Véase MONTERO AROCA, J., “Procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal”, en *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial (dir.: MONTERO), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 284-5.

246. No se requiere petición expresa de recibimiento del pleito a prueba, que ha de entenderse implícito y automático por la inexistencia de conformidad en los hechos y por la proposición de la prueba. Incluso, todavía más rotundo, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. (con DÍEZ-PICAZO), cit., pág. 339, afirma que “no cabe hablar ya de “recibimiento del pleito a prueba” ni nada similar”.

I. Proposición y admisión

En un proceso civil regido por el principio de aportación de parte, el citado procedimiento probatorio será el que proceda con carácter general en los casos más habituales en que la prueba haya sido instada por la parte. Si la prueba es de oficio, porque así lo autoriza excepcionalmente la ley (art. 282 LEC), se obviarán la fase de solicitud y admisión, pues se considera implícita con la instancia de la parte.

1. Proposición

Con la proposición de la prueba la parte solicita que sean practicados los medios de prueba que manifiesta intentar valerse en el proceso, así como el objeto de los mismos.

A) Forma

En cuanto a la forma, el art. 284.I LEC exige que se propongan con expresión separada de cada uno de los distintos medios, consignando, cuando sea necesario, el domicilio o residencia de las personas que hayan de ser citadas.

Una interpretación literal, en la que además se entendiera que la expresión separada y la eventual consignación solamente cabe ser realizada por escrito, permitiría concluir que la forma de la proposición de las pruebas ha de realizarse de tal modo. Sin embargo, como el tiempo de la proposición será, como a continuación se verá, normalmente la audiencia previa del juicio ordinario o la vista del juicio verbal, esto es, actos orales característicos, la proposición se formulará mediante la palabra²⁴⁷.

Esto no parece justificar que se rechace un eventual escrito donde consten los datos precisos para la práctica de la prueba que se presente junto a la exposición oral de la prueba propuesta²⁴⁸. Desde luego así habrá de procederse cuando se lleve a efecto el supuesto previsto en el párrafo segundo del art. 284 LEC, esto es, en el juicio ordinario, cuando las partes no dispusieren de algunos datos relativos a las personas que hayan de ser citadas y los aporten en los cinco días siguientes a la proposición.

Por su parte, conforme al art. 286.1 LEC, si los actos de alegación hubieran precluido y antes de dictar sentencia ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito (de ampliación de hechos). Asimismo, también se solicitará a instancia

247. Afirman ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., pág. 23, que tal interpretación no resiste un análisis sistemático de la norma cuestionada. Y en la misma línea, la mayor parte de los autores entienden que la forma será oral. Entre otros muchos, DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 55.

248. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 355. GONZÁLEZ GRANDA, P., “La regulación de la prueba en la LEC: cuestiones prácticas”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 1, enero de 2003, pág. 26, con referencia a un acuerdo de Junta de Jueces de León. Y ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., pág. 23, son de la opinión de que el tribunal debe aceptar la presentación de minutas, sobre todo cuando la complejidad de la prueba así lo aconseje. Incluso, DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 55 apunta que “es de esperar que los abogados introduzcan la cortesía de proporcionarse entre sí una nota escrita de la prueba que propongan, para evitar el azacaneo presuroso de anotarlas al hilo de la enunciaci3n verbal o de tener que reproducir una y otra vez la grabaci3n del acto para obtener apuntamiento fiel”.

de parte y por escrito, cuando se trate de pruebas pertinentes y útiles referidas a hechos nuevos o de nueva noticia (art. 435.1.3ª LEC).

B) Tiempo

La proposición de la prueba dependerá del juicio adecuado para sustanciar la pretensión y del correspondiente medio de prueba. En efecto, si se trata de medios de prueba que tengan un soporte documental en sentido muy amplio²⁴⁹, se aportarán con la demanda, reconvencción o en la contestación a una y otra (arts. 264 a 266 LEC). Y en el juicio ordinario, en la audiencia previa tras la constatación de que hay hechos controvertidos, o tras la advertencia efectuada por el “tribunal” conforme al art. 429.1.II LEC; en el juicio verbal, en la vista (art. 443.4 LEC), sin perjuicio de que la unidad de acto a que aspira la vista del juicio verbal impone la necesidad de que, en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el tribunal a la vista para que declaren en calidad de partes o de testigos, facilitando todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación (art. 440.1.III LEC).

Esta regla general encuentra, no obstante, algunas excepciones por las que la proposición podrá ser anterior o posterior a la regla general. Proposición previa que excepcionalmente cabrá formularse en todos aquellos supuestos denominados como de “prueba anticipada” en los que se autoriza la prueba antes del juicio, de la vista y hasta incluso del mismo proceso “cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto” (art. 293.1 LEC).

²⁴⁹ Prueba documental, dictámenes periciales sin perjuicio de lo previsto en los arts. 337 y 339 LEC, informes elaborados por profesionales de la investigación privada, medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas a que se refieren el art. 299.2 LEC.

Y proposición posterior en todos aquellos supuestos excepcionados a la preclusión de la aportación de documentos con la demanda, reconvencción o contestación a una y otra (arts. 270 y 271 LEC); y, tratándose de otros medios de prueba, cuando se refieran a hechos que sean admisibles consecuencia de alegaciones ampliatorias (hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la audiencia previa o, más genéricamente, hechos nuevos o de nueva noticia), en cuyo caso se propondrán en el momento inicial del juicio (art. 433.1.II LEC) o posteriormente a que la contraparte tome postura frente al escrito de ampliación o le haya precluido el plazo para ello (art. 435.1.3ª en relación con el art. 286 LEC). Igualmente cabrá proposición posterior en todos los casos en que sean admisibles diligencias finales (art. 435 LEC).

2. Admisión

Una vez propuesta la prueba, el “tribunal” resolverá sobre su admisión y ordenará la práctica de aquellos medios que por cumplir los requisitos hayan sido admitidos²⁵⁰.

La actividad judicial en la admisibilidad supone el ejercicio de la potestad jurisdiccional, si bien su relevancia es relativa en cuanto se limita a concretar en el caso concreto los supuestos genéricamente contemplados en las normas sobre los requisitos de admisibilidad. Así y todo, supone una manifestación de poder que, ejercido torcidamente, tendrá la aptitud de perjudicar seriamente las exceptativas de éxito de la pretensión.

Sintéticamente enunciados, los requisitos de admisibilidad son los siguientes:

250.Véanse supuestos particulares en VELÁZQUEZ VIOQUE, D., “El juicio sobre la admisión de los medios de prueba”, en *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J.M.Bosch, Barcelona, 2006, págs. 105-26. De otro lado, véase igualmente los comentarios de ASECIO MELLADO, J. M^o., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coord.: MORENILLA), cit., págs. 1-43 a 1-44, sobre la justificación constitucional de la facultad de inadmisión de la prueba.

- 1.º Haber sido propuesta la prueba en tiempo y forma conforme se ha visto antes²⁵¹.
- 2.º Legalidad de los medios: Previsión expresa (art. 299.1 y 2 LEC) o genérica (art. 299.3 LEC) y no exclusión legal del concreto medio de prueba en los procesos sumarios. Asimismo licitud de las fuentes: conforme al art. 283.3 LEC “nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”²⁵².
- 3.º Necesidad de la prueba por no existir conformidad en los hechos (art. 281.3 LEC), sean notorios (art. 281.4 LEC), se trate de las normas legales incluidos en el brocardo *iura novit curia* (art. 281.2 *sensu contrario* LEC) o consistan en ciertas reglas de naturaleza no jurídica, cuando el juez sea concededor de las mismas

251. Lo que no resulta admisible es intentar soslayar la preclusión temporal de la proposición de la prueba pericial, no obstante lo previsto en el art. 370.4 LEC, proponiendo una prueba pericial como si de un perito se tratase. Resultan reveladoras las palabras de la SAP Asturias (Secc. 6ª), 19 de noviembre de 2007 (Ponente: Dña. María Elena Rodríguez Vígil Rubio. AC 2008/291), cuando señala que “*la diferencia entre el testigo y el perito está en que mientras el primero declara sobre hechos de los que hubiera tenido conocimiento en un momento previo a que éstos fueran incorporados al proceso, dado que tiene esta cualidad la persona que sin ser parte en el proceso emite en el mismo, una declaración sobre hechos de los que ha tenido conocimiento, bien directo o por referencia, con anterioridad a su incorporación al mismo, el segundo se pone en relación con tales hechos por la circunstancia de ser requerido para valorarlos por sus conocimientos técnicos. No debió por ello ser admitida esa prueba testifical, dado que la figura del testigo perito del art. 370.4 de la LEC, la contempla el legislador como referida a una persona que declara sobre hechos que ha percibido con anterioridad al proceso pero sobre los que además posee conocimientos especializados esto es como un propio testigo cualificado y no como un perito cuya característica esencial es aportar a un proceso conocimientos técnicos para valorar un determinado hecho del que no ha tenido conocimiento previo, sobre todo cuando en este caso su proposición como tal vino motivada por el hecho de que había precluido el momento en que según la LEC (art. 336 y 337) debió ser propuesta la prueba pericial que era la procedente*”. Véase en el mismo sentido, la SAP Las Palmas (Secc. 5ª), 22 de diciembre de 2006 (Ponente: Dña. Mónica García de Yzaguirre. AC 2007/1089).

252. El texto de este precepto contrasta significativamente con el del art. 287 LEC, aparte de otras cuestiones, circunscrito éste a la vulneración de los derechos fundamentales. Así y todo, atendida la inexistencia de prohibición general de medios de prueba en nuestro derecho, el art. 283.3 LEC no permite inadmisiones que vayan más allá de la ilicitud por infracción de derechos constitucionales, limitándose a lo sumo, como indica DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, cit., pág. 67, a la práctica de pruebas sin observar formalidades legales establecidas para garantía de las partes y rectitud del proceso”. MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., pág. 2231, estima por el contrario que se refiere a la vulneración de la ley.

- 4.º Pertinencia, por guardar relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso o lo que sea objeto del proceso (arts. 281.1 y 283.1 LEC), sea directamente por ser el hecho constitutivo o defensivo, o indirectamente, por servir para construir o destruir presunciones sobre los hechos anteriores o por ser hecho relevante para apreciar la fiabilidad de una prueba²⁵³.
- 5.º Utilidad en cuanto, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso la prueba podrá contribuir a esclarecer los hechos controvertidos aunque tengan relación con la pretensión o sean pertinentes²⁵⁴.

Frente a la resolución sobre la admisibilidad, en el juicio ordinario, tal y como dispone el art. 285.2 LEC, “sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimara, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia”; en el juicio verbal, conforme al art. 446 LEC, “las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia”.

Sobre este último punto se plantea alguna duda. El art. 446 LEC se refiere a las resoluciones “sobre inadmisión de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaran como obtenidas con violación de derechos fundamentales”. Aunque literalmente y *contrario sensu* podría afirmarse que cabría reposición frente a las resoluciones de admisión, no parece lógico este régimen dispar, máxime permitiendo la repo-

253. Cfr. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 357. En esa línea la mayor parte de la doctrina, por todos, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con DÍEZ-PICAZO), cit., págs. 324-5.

254. Como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia ha señalado que la inadmisión por no concurrir los requisitos, concretamente los de pertinencia y utilidad, no infringe precepto legal alguno ni genera indefensión (así, por ejemplo, SAP Guipúzcoa (Secc. 2ª), 18 de mayo de 2005 (Ponente: Dña. Ane Maite Loyola Iriondo. JUR 2005\200380). Así y todo, la inadmisión por este motivo entraña importantes riesgos como pone de manifiesto ASENCIO MELLADO, J. Mª., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-46.

sición en la admisión y meramente protesta en la inadmisión. Podría concluirse que el legislador por último ha querido dotar de agilidad al juicio verbal previendo en todo caso la formulación de protesta para que pueda fundarse el correspondiente motivo de recurso frente a la sentencia que resuelva²⁵⁵. O que, dados los términos contradictorios, la confrontación ha de inclinarse por la solución más favorable a la admisión del recurso, máxime cuando tan norma especial como el art. 446 es la del art. 445 ambos de la LEC²⁵⁶.

En mi opinión, dada la situación, será admisible tanto la formulación de protesta como la de reposición previa. Considero que la reposición debería admitirse y resolverse partiendo de la debida interpretación favorable al ejercicio de los derechos y de la inexistencia de inconvenientes que plantea una impugnación en forma oral que ha de resolverse en el acto. A efectos prácticos, la reposición viene a equivaler a una mera protesta, solamente que el juez habrá de resolverla inmediatamente y de forma oral, normalmente reiterando su decisión. Asimismo, en el caso de que se haya optado por formular mera protesta, esta circunstancia no debería ser óbice para la eventual inadmisión de la prueba en la segunda instancia.

255. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., pág. 27, afirman que el legislador ha pretendido agilizar la tramitación del juicio verbal, si bien recordando que deben formular su disconformidad contra la resolución de inadmisión si pretenden hacer valer sus derechos en la segunda instancia.

256. DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, cit., pág. 70. FACHAL NOGUERA, N., “La disconformidad con la resolución sobre admisión o inadmisión de los medios de prueba, en *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J.M.Bosch, Barcelona, 2006, págs. 190-5.

II. Práctica de prueba y oralidad

1. Regla general

En la fase de práctica de la prueba, la oralidad adquiere una relevancia primordial²⁵⁷, por ello que sin duda en la misma rige junto con sus principios consecuencia²⁵⁸. El efecto más visible de la vigencia de la oralidad es la forma de expresión de quienes intervienen en la práctica de prueba. Será mediante el uso de la palabra, incluso en aquellos supuestos en que la prueba se inicia por escrito, como es el caso del perito que habrá de exponer su informe con sometimiento al examen contradictorio de las partes. Esto implicará la inadmisibilidad de escri-

257. Como se pone de manifiesto cuando las SSTC 56/2003, 24 de marzo; 219/2002, 25 noviembre; y 222/2001, 5 noviembre, se refieren a “*las garantías de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear a la valoración probatoria*”. También son ilustrativas las palabras de la SAP Asturias, Secc. 7ª, 22 abril 2003, JUR 2003\231770, cuando afirma que “*la práctica de la prueba en el acto único del juicio supone un intento de predominio de la oralidad, lo que lleva necesariamente a la documentación del acto*”.

258. Para un análisis de los principios del proceso en general, véase, ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal. Introducción*, (con CÁMARA y JUAN), Punto y Coma, Valencia, 2003, págs. 233-310. Para los principios en el ámbito probatorio, y en particular en la prueba testifical, puede verse CHOZAS ALONSO, J. M. *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, Madrid, 2001, págs. 29-33.

tos preparatorios de interrogatorios de la parte²⁵⁹, y, por ende, alguna mayor dificultad²⁶⁰.

Asimismo, en el juicio o la vista se practicarán con carácter general las pruebas. Estos actos se caracterizan por la concentración, con práctica de prueba en unidad de acto (art. 290 LEC); por la inmediación garantizada por un importante número de preceptos, hasta el punto de que su infracción podrá dar lugar a la nulidad de actuaciones (arts. 137, 193.3 y 194.1 LEC); y por efectiva publicidad (arts. 138.1 y 289.1 LEC)²⁶¹, que autoriza a que los medios de comunicación, tanto de prensa escrita como de radio y televisión, puedan tener acceso a las vistas²⁶², sin perjuicio de sus límites²⁶³.

259. Son reflejo de la oralidad, entre otras, para la declaración de la parte, arts. 302, 305 y 306 LEC, salvo la excepción del art. 315; de peritos, art. 347 LEC; y testifical, arts. 370, 372 y 373, con la excepción del art. 381 LEC.

260. Además, como indica LLANOS PITARCH, J. M., “Intervención en actuaciones de práctica de prueba”, en *Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coor.: IVARS), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 245, en el desarrollo de la prueba habrá de reaccionarse frente a posibles valoraciones acerca de su improcedencia por parte del juez, quien establecerá los límites, ya sea atendiendo a las reglas de la buena fe en el desarrollo normal del procedimiento (*ex* artículo 247 LEC), o bien con los límites preestablecidos en el artículo 302 LEC, que circunscribe el ámbito del interrogatorio de parte a los hechos sobre los que se admitió éste, sin admisión de valoraciones o calificaciones que quiebren la claridad y la precisión exigible a las preguntas formuladas.

261. Según este último precepto, “las pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del tribunal”, de modo que será admitida la presencia de público durante el juicio o la vista, sin perjuicio de las excepciones que previene el mismo art. 138.2 y 3 LEC.

262. En ese sentido, MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de juicio verbal*, Cizur Menor, 2ª ed., 2004, pág. 134. Por ello que, como ha dicho recientemente la STC 57/2004, 19 abril, en relación con la grabación de imágenes en las vistas que “no es compatible, pues, con la actual legislación reguladora del ejercicio de la libertad de información (art. 20.4 CE) el establecimiento de una prohibición general con reserva de autorización en cada caso del acceso de los medios de captación y difusión de imágenes a las audiencias públicas, porque la utilización de tales medios forma parte del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la libertad de información que no ha sido limitado con carácter general por el legislador. La eventual limitación o prohibición de tal utilización, inicialmente permitida, ha de realizarse de forma expresa en cada caso por el órgano judicial”.

263. Junto al citado art. 138 LEC, con carácter general, arts. 120.1, 20.4 CE, 232.2 LOPJ.

2. Excepciones a los principios consecuencia de la oralidad en la práctica de pruebas

No obstante la regulación general, la LEC contiene importantes excepciones a la oralidad en la práctica de pruebas. Al margen de que los documentos, dictámenes y otros instrumentos han de ser aportados como regla general en un momento anterior al ordinario de proposición de pruebas (art. 264 a 272 LEC), cabe que ésta se practique eventualmente sin la vigencia de la oralidad y sus principios consecuencia por razones diversas. Es el caso de la prueba anticipada, de la declaración por la administración pública, del reconocimiento y auxilio judicial y, por último, de las llamadas diligencias finales.

A) Prueba anticipada

Como excepción a la concentración y en la práctica con mucha probabilidad también de la publicidad real, se autoriza la práctica de pruebas antes del acto del juicio, de la vista y hasta incluso del inicio del proceso mismo en previsión de que fuera imposible practicarlos en el momento ordinario²⁶⁴. Así, no obstante ser regla general la unidad de acto, el art. 290 LEC (también art. 429.4 LEC) a continuación permite excepcionalmente su práctica con al menos cinco días de antelación al

264. Para ello habrá de concurrir temor fundado por causa de las personas, como la avanzada edad del declarante; o por el estado de las cosas, como la eventual necesidad de demolición de un inmueble (art. 293 .1 LEC). Asimismo, ha de distinguirse la prueba anticipada con las diligencias preliminares al proceso. Como indica el AAP Santa Cruz de Tenerife (Secc. 4ª), 31 de octubre de 2005 (Ponente: D. Emilio Fernando Suárez Díaz. JUR 2005\260962), *“lo que pretende el solicitante no es anticipar una prueba -exhibición de libros de comercio y de otros documentos para avalar los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso-, sino que tal prueba le sirva de base para facilitar la realización de un informe pericial que se integre en la base de su pretensión, por lo que la finalidad de lo solicitado es la preparación de un ulterior juicio declarativo, lo que excede claramente de la finalidad prevista en la Ley para la solicitud de prueba anticipada, pudiendo ser más bien objeto de unas diligencias preliminares; siendo, por otra parte, que la prueba pericial puede solicitarla en el curso el procedimiento y que las declaraciones del IRPF pueden solicitarse al organismo público correspondiente”*. Para detalles sobre problemas puntuales de su articulación, véase ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., págs. 29-33.

juicio o vista²⁶⁵. Me remito al último capítulo de este trabajo, donde me referiré a los principales problemas que plantea la regulación de la prueba anticipada en los arts. 293 a 296 LEC.

B) Declaración escrita por la Administración Pública

Cuando se admita la declaración del Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad Local u otro organismo público, la práctica probatoria, además de separada y anterior, se hará en forma escrita (arts. 315 y 381 LEC) y hasta incluso dispersa.

En síntesis, se seguirán las siguientes pautas:

- 1.º Se remitirá a la Administración correspondiente, sin esperar al juicio o a la vista, una lista con las preguntas que, presentadas por la parte proponente en el momento en que se admita la prueba, el tribunal declare pertinentes, para que sean respondidas por escrito y entregada la respuesta al tribunal antes de la fecha señalada para aquellos actos.
- 2.º Las respuestas serán leídas en el acto del juicio o la vista.

A su vez, si la representación justificase cumplidamente no poder ofrecer las respuestas que se requieran, se procederá a remitir nuevo interrogatorio por escrito como diligencia final (art. 315 LEC).

Y similares pautas se seguirán en el caso de la admisión de informes de personas jurídicas y entidades públicas en cuanto a tales por referirse

265. Comparto con ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 365, que la excepcionalidad concurre también si con la práctica en un momento anterior al juicio se evita una posterior interrupción de éste o se posibilita un señalamiento del juicio en la fecha en que pueda ser practicada, sin riesgo de suspensión, la mayor parte de la prueba admitida.

esos hechos a su actividad y sin que quepa o sea necesario individualizar en personas físicas determinadas el conocimiento de lo que para el proceso interese:

- 1.º La parte a quien convenga esta prueba podrá proponer que la persona jurídica o entidad, a requerimiento del tribunal, responda por escrito sobre los hechos en los diez días anteriores al juicio o a la vista.
- 2.º Recibidas las respuestas escritas, se dará traslado de ellas a las partes, a los efectos de que, en su caso, el tribunal disponga, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, que sea citada al juicio o vista la persona o personas físicas cuyo testimonio pueda resultar pertinente y útil para aclarar o completar, si fuere oscura o incompleta, la declaración de la persona jurídica o entidad (art. 381 LEC).

C) Prueba fuera de la sede del órgano: reconocimiento y auxilio judicial

Como en el reconocimiento judicial, cuando el juzgador haya de salir de la sede del órgano judicial, romperá con la unidad del acto en la práctica de las pruebas y, por tanto, la concentración. Se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el Tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona (art. 353.1 LEC), lo que podrá realizarse en un lugar distinto a la sede del órgano judicial, y hasta también, mediante auxilio judicial y, en cuanto implica la presencia de otro juzgador en la práctica de prueba, excluyendo también la inmediatez.

Así y todo, aunque el reconocimiento judicial pueda suponer una excepción a la concentración, paralelamente se intenta potenciar la contradicción y la oralidad cuando el art. 353.3 LEC dispone que se señalará “con cinco

días de antelación”, y, entre otras cosas, permite a las partes concurrentes, sus procuradores y abogados formular las observaciones que estimen pertinentes; a su vez, podrán ser oídas las personas técnicas o prácticas en la materia que concurran (arts. 354.2 y 3 LEC). Igualmente, potencia incluso la inmediación en cuanto, tratándose de órganos colegiados, habrán de trasladarse todos los magistrados y no solamente el ponente²⁶⁶.

El auxilio judicial, mediante el cual se practique la prueba de reconocimiento judicial o cualquier otra, será admisible cuando el “tribunal” no considere posible o conveniente hacer uso de la facultad que se le concede de desplazarse fuera de su circunscripción para practicar la prueba (genéricamente, arts. 129.3.II y 169.2 LEC). Como he indicado, supone siempre una exclusión de la inmediación, pues el juzgador que dicte sentencia no habrá participado directamente en la práctica de prueba.

Posiblemente el ejemplo de práctica de prueba en el que se presenten mayores excepciones a los principios consecuencia de la oralidad sea la declaración domiciliaria, sea de la parte (arts. 311 a 313 LEC), del testigo (art. 364 LEC) o, en su caso, del perito²⁶⁷, pues supone limitación a los siguientes principios:

266. Señala FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, págs. 243-4, que es así porque el art. 181 LEC deroga el art. 205.3 LOPJ al no tratarse de norma orgánica, o al menos impone esta interpretación del mismo por ser la única razonable.

267. Se producirá cuando por enfermedad o por otras circunstancias personales (distancia, dificultad del desplazamiento o cualquier otra causa de análogas características) por la que “no pudiera” la parte o resulte imposible o muy gravosa la comparecencia en la sede, podrá decidirse la declaración domiciliaria de la parte, del testigo o, en su caso, del perito *ex art.* 169.4 LEC. A la que podrán asistir las partes y sus Abogados, y, “si no pudiesen comparecer” en caso de testigos o si “las circunstancias no lo hicieran imposible o sumamente inconveniente” en caso de la parte, se les autorizará a que presenten interrogatorio escrito previo con las preguntas. Ciertamente, como indica PICÓ I JUNOY, J., “Declaración domiciliaria de testigos”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, (Dir.: LORCA), Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 1971, siendo necesaria la declaración del testigo, si éste está impedido de declarar en el juicio o vista, resulta obvio que tendrá que poder declarar allí donde se encuentre pues, de lo contrario, se estaría denegando injustificadamente el derecho a la prueba. Por ello que, como señala ASENSIO MELLADO, J. M^a, «La prueba», en *Proceso civil práctico*, IV, (Dir.: GIMENO), cit., pág. 1-890, no podrá ser inadmitida la prueba propuesta con base en su dificultad de ejecución o aduciendo que la misma pudo ser llevada a efecto como anticipada, ya que ni la anticipación es obligatoria ni la dificultad es motivo de inadmisión.

- 1.º Utilización de la palabra y de la contradicción, cuando de hecho las partes no pudieran comparecer o si el tribunal considere prudente no permitir su concurrencia o no resultare procedente teniendo en cuenta las circunstancias (arts. 364.1 y 2 y 311.2 LEC)²⁶⁸. En tales casos, la salvaguarda del derecho de defensa impone que las partes tengan conocimiento y posibilidad de alegación de forma diferida.
- 2.º Inmediación, pues va a actuar otro juez por auxilio judicial, salvo que considere conveniente y posible constituirse fuera del territorio de su circunscripción sin necesidad de auxilio (art. 275 LOPJ y 129.3.II LEC).
- 3.º Concentración, en cuanto se producirá siempre fuera de la sede del órgano que conoce, posiblemente incluso con anterioridad al juicio o vista (arts. 290.II y 429.4 LEC), lo que implicará en todo caso dispersión²⁶⁹, máxime si atendidas las circunstancias, además provoca

268. Atendidas circunstancias como el estado de salud o, como indica, GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «Declaración domiciliaria del testigo», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I. Arts. 1 a 516*, (coor.: CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), Aranzadi, Elcano, 2001, pág. 1227, practicándose mediante auxilio judicial atendiendo circunstancias que la revelen dificultosa o gravosa como la lejanía o gastos que ocasionaría. Ante ello, se les autorizará a que presenten el interrogatorio por escrito previo con las preguntas que desean formular. Tras ello, los trámites seguirán dando vista de las respuestas para que puedan solicitar, dentro del tercer día, que se formulen al testigo nuevas preguntas complementarias o que se le pidan las aclaraciones oportunas, conforme a lo prevenido en el artículo 372 (art. 364.2 LEC). En cuanto al modo de presentar los pliegos de preguntas y al de proceder a su admisión, ante la alternativa de presentarlos en una lista abierta, parece más adecuado que las preguntas escritas se guarden en sobre cerrado para asegurar la máxima espontaneidad en la declaración y evitando manipulaciones por el conocimiento previo de las preguntas (PICÓ I JUNOY, J., «De las partes de la ejecución», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, II*, (Dir.: LORCA), cit., pág. 1972). En cualquier caso, la forma escrita habría de ser adoptada con suma cautela, sobre todo cuando no la pida la propia parte, pues, como indica CHOZAS ALONSO, J. M. *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, pág. 33, está en juego la contradicción real y no solamente la formal.

269. Como esta declaración, por mucho que así se rubrique, no necesariamente tendrá que ser domiciliaria, salvo cuando el declarante se encuentre impedido para prestar declaración fuera de su domicilio y siempre que no pueda recuperarse (como matiza GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «Declaración domiciliaria del testigo», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I. Arts. 1 a 516*, (coor.: CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1225), si se considera que el testigo pueda recuperarse antes del fin de la fase probatoria, el juez debería posponer la práctica de

suspensiones o interrupciones del juicio o la vista (art. 183.4 y 193 LEC).

No obstante las dificultades que implica, el acto habrá de ser debidamente documentado. Ciertamente el art. 312 LEC parece imponer como forma exclusiva de documentación el acta “suficientemente circunstanciada de las preguntas y respuestas”, sin embargo, en mi opinión, dado que las declaraciones forman parte del ámbito típico de las vistas, siendo que la grabación otorga dosis de calidad superiores y es medio legalmente preferente, las dificultades técnicas no deberían impedir su puesta en práctica, máxime cuando son fácilmente salvables con algo tan accesible actualmente como un simple ordenador portátil, una cámara digital y un micrófono.

Asimismo, parece claro que resulta insoslayable la comparecencia tanto del juez –o, en su caso, del juez auxiliante– como la del secretario judicial. Las partes, en principio habrán de comparecer asistidas por sus abogados, sin perjuicio de las limitaciones en las que se ejercerá el derecho de defensa diferidamente y en forma escrita²⁷⁰.

D) Prueba posterior

La última excepción lo es de la concentración, en cuanto, como vimos antes, la LEC permite practicar como diligencia finales pruebas con posterioridad al juicio mientras todavía no se ha dictado sentencia y se den las circunstancias previstas en el art. 435 LEC. Básicamente, será

la misma, dentro de los límites del art. 290.2 LEC), sea por edad avanzada, alto cargo social o político (diputados, senadores, defensor del pueblo, etc.). Con todo, el auxilio no implica necesariamente la declaración domiciliaria pues el correcto entendimiento de lo previsto en los arts. 311 y 313 LEC y 364, como pone de manifiesto RIFÁ SOLER, J. M^a., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coor.: con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), Barcelona, 2000, pág. 1691, impone que la declaración se produzca en la sede del órgano judicial requerido de auxilio cuando la dificultad de declarar se base meramente en la dificultad del desplazamiento.

270. Incluso, como indica ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. -893, cabrá la presencia de los abogados y no de las partes.

admisible por no haberse podido proponer la prueba en tiempo y forma; o habiéndolo sido, no se practicaran por causas ajenas a la parte; o referidas a hechos nuevos o de nueva noticia; asimismo, sea de oficio o a instancia de parte, podrán practicarse sobre hechos oportunamente alegados si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes por circunstancias ya desaparecidas e independientes a la voluntad y diligencia de la parte, y siempre que existan motivos fundados para estimar que permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

A partir de ahí, con posterioridad a las diligencias finales y ya dictada sentencia, como veremos más adelante, el art. 460 LEC permite también la práctica de prueba en el recurso de apelación cuando se dan los taxativos supuestos que el citado precepto contiene.

3. Poderes del juez en la práctica de prueba

Junto a lo que se ha señalado antes en relación con algunas posibles manifestaciones sobre prueba de oficio, el pronóstico avanzado sobre la carga de la prueba así como sobre las diligencias finales, la LEC contempla poderes específicos del juez en la admisión y, sobre todo, en la práctica de la prueba²⁷¹.

En ocasiones, los poderes del juez se atribuyen para garantizar la tradicional rigurosidad con que se imponen los plazos preclusivos en las leyes procesales. Así, el art. 272 LEC prevé que cuando se presente un documento con posterioridad a los momentos procesales establecidos en la misma LEC (principalmente, arts. 264 a 266, 270 y 271), sin necesidad de solicitud por la parte, el juez decretará de oficio la inadmisión y mandará su devolución a quien lo hubiere presentado.

271. Véase una referencia a las normas que atribuyen facultades judiciales en materia de prueba en MARTÍN OSTOS, J., "La prueba. Aspectos generales", (coor.: ALONSO-CUEVILLAS), cit., págs. 204-7.

Otras veces, se le atribuyen poderes en orden a otorgar una máxima impermeabilidad a la práctica de prueba con vulneración de derechos fundamentales. Así, cuando el juez apreciara que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se hubiere producido esa vulneración, sin necesidad de que sea alegado por alguna de las partes, el “tribunal” podrá suscitar de oficio la cuestión (art. 287.1.II LEC). Lo bien cierto es que el derecho positivo establece excepciones, si se quiere puntuales, a los clásicos principios del proceso, sobre todo numerosas en la práctica de las pruebas cuando atribuye facultades que van más allá de la simple dirección formal de un acto oral como es el juicio o vista.

A) Decisión sobre el orden a practicar los medios de prueba

El art. 300 LEC establece el orden en el que, con carácter general, se practicarán las pruebas. Empezará con el interrogatorio de las partes y terminará, en su caso, con la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. La lógica de este orden, aunque discutible, cederá, según el mismo precepto, salvo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde otro distinto.

El precepto está dando cierta “libertad” para que el “tribunal” decida alterar el orden establecido con carácter general. Pero no se tratará de una decisión caprichosa o arbitraria, sino que deberá estar justificada –y motivada– en atención a las circunstancias concretas que se produzcan. Aunque no se establezca un deber de motivación específica o formal de la decisión, no es admisible que el juez altere caprichosamente el orden fijado legalmente, por esto que habrá de fundarse en alguna circunstancia objetiva y razonable. Así, por ejemplo para que ciertos testigos y peritos puedan declarar inmediatamente después del interrogatorio de las partes, ante la eventualidad de suspensiones, con el fin de evitar mayores gastos y molestias cuando aquéllos tengan que desplazarse desde lugares lejanos.

B) Interrogatorio domiciliario de la parte

Como indiqué en relación con la prueba de oficio, la posibilidad de interrogar a la parte puede entenderse, aunque sea parcialmente, como actividad probatoria de oficio. En cambio, la realización del apercibimiento a que se refiere el art. 307 y que habrá de realizar el “tribunal” en el caso de que la parte diere preguntas evasivas o inconcluyentes, ha de considerarse meramente como la imposición de cómo ha de proceder el juez en tales casos. Lo mismo que la decisión sobre la adopción del interrogatorio domiciliario cuando concurren los presupuestos del art. 311 LEC.

Lo que incide en el aumento de las facultades judiciales es la posibilidad de decidir la incomparecencia de las partes y sus abogados al interrogatorio domiciliario, si bien esta decisión se adoptará motivadamente teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y del lugar que hicieran imposible o sumamente inconveniente su comparecencia (art. 311.2 *in fine* LEC).

C) Prueba pericial

Los poderes específicos en relación con la prueba pericial se limitan a la decisión sobre si se acuerda la presencia de los peritos en el juicio o vista. Ahora bien, dados los términos en que están redactados los arts. 337.2 y 338.2 LEC, el acuerdo de la presencia de los peritos en el juicio o vista prácticamente habrá de ser automática. Será así en aras del ejercicio del derecho de defensa de las partes, cuando manifiesten que sus autores expresen o expliquen el dictamen o respondan a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervengan de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito.

D) Reconocimiento judicial

El art. 353.2 LEC exige que la parte que solicite el reconocimiento deba expresar los extremos principales a que quiere que se refiera,

con indicación de si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia. Igualmente, la contraparte podrá proponer otros extremos que le interesen, todo ello junto a la manifestación de si asistirá con persona de las ya indicadas. Junto con la posibilidad de acordar de oficio cualquier media para lograr la efectividad del reconocimiento (art. 354.1 LEC), en el caso de que las partes concurren con estas personas técnicas, supone un claro aumento de las potestades judiciales la previsión de que el “tribunal” podrá de oficio considerar conveniente oír sus observaciones o declaraciones (art. 354.3 LEC).

E) Prueba documental

Aunque la actividad judicial en el caso de documentos, dadas las características de este medio de prueba, básicamente se limitan a actividades de comprobación o verificación del mismo a efectos de su valoración, todavía cabe encontrar algunas facultades judiciales que van más allá.

El art. 327 LEC, en relación con los libros de los comerciantes, dispone que se estará a lo dispuesto en las leyes mercantiles (arts. 31 a 33 CCom). Asimismo, “de manera motivada, y con carácter excepcional, el tribunal podrá reclamar que se presenten ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados”.

Y sobre todo, a continuación, el art. 329.1 LEC previene que, en caso de negativa injustificada a la exhibición documental entre las partes regulado en el art. 328 LEC, “el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado”. Pero no se limita solamente a esto, en el siguiente punto, autoriza a que “el tribunal, en lugar de lo que en dicho apartado se dispone, podrá formular requerimiento,

mediante providencia, para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas”.

Problema distinto es la eficacia real de tal requerimiento en cuanto no se le impone sanción alguna a su incumplimiento. Pero esto no significa que carezca de la misma. Al final, tendrá consecuencias sobre la valoración que efectúe en su momento, atendida la disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC). Asimismo, mientras tanto, cabe la posibilidad de que decrete la entrada y registro. Será así aunque no sea directa o solamente realizando una, en mi opinión altamente dudosa, aplicación analógica de una norma sancionadora como es el art. 261.2ª LEC²⁷², sino por la necesaria efectividad de las resoluciones judiciales que se encuentran en el substrato de todas las autorizaciones expresas contenidas en la LEC como las de los arts. 354 LEC en sede de reconocimiento judicial o 701 LEC, en ejecución de entregar cosa mueble cierta y determinada. Autorización de entrada y registro que, aunque no se encuentre prevista expresamente en la LEC, será perfectamente admisible en todos los supuestos que compartan igualdad de situación y razón, como en este caso.

F) Medios de reproducción de la palabra, sonido, imagen y otros instrumentos

En relación con estos medios las facultades judiciales son escasas. Así y todo, el art. 383.1.II LEC autoriza a que el tribunal pueda realizar una

272. ETXEBERRÍA GURIDI, F. J., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 337. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000, págs. 126.

transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas, siempre que sea de relevancia para el caso, la cual se unirá al acta. A su vez, el art. 384 LEC prevé que “los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga”.

G) Posibilidad de imposición de multas por no ejecución de la prueba en el tiempo previsto

El art. 288 LEC atribuye un poder sancionador al juez en materia de prueba cuando tipifica como sancionable la no ejecución temporánea de una prueba admitida²⁷³. El litigante causante, según el mismo precepto, será sancionado por el tribunal con multa que no podrá ser inferior a sesenta euros ni exceder de seiscientos, salvo que acreditase falta de culpa o desistiese de practicar dicha prueba si él la hubiese propuesto. Asimismo determina que la multa se impondrá en el acto del juicio o en la vista, previa audiencia de las partes.

Del mismo modo que el art. 183.5 LEC²⁷⁴, este precepto tipifica un supuesto particular de mala fe procesal (por abuso de derecho) regu-

273. Partiendo del tenor literal del precepto, señala MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., pág. 2235, que no se tipifica el supuesto de no práctica de la prueba, de modo que no procedería sanción. Opinión en contra parece mantener DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 525.

274. Véanse algunas consideraciones sobre el mismo en JUAN SÁNCHEZ, R., “Multa por dilación indebida en la vista”, en *Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coor.: IVARS), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 157-9.

lado con carácter general en el art. 247 LEC y acota la cuantía de la multa a imponer entre las indicadas cantidades en euros. Por supuesto, la concreta determinación de la cuantía de la sanción habrá de ser motivada, respetando el principio de proporcionalidad y sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio (art. 247.3 LEC).

La mala fe procesal se centra en el acto por el que el litigante causare la no ejecución temporánea de una prueba admitida, incluso aunque sin un especial grado de malicia o negligencia²⁷⁵. Sin embargo, para la imposición de la sanción el juzgador habría de apreciar el elemento subjetivo en todo “fraude” procesal que no es otro más que el uso malintencionado de las posibilidades procesales²⁷⁶. En cambio, parece que en realidad no atiende exactamente a esto sino a la mera culpa en la no ejecución temporánea con las consecuencias dilatorias que podría llegar a tener. Se confirma así cuando se tipifica solamente la realización extemporánea de la prueba, no en cambio la falta de práctica llegado el momento con independencia de la causa²⁷⁷; o cuando se exime de la sanción por la mera renuncia a la práctica de la prueba si él la propuso, de modo que impide que produzca efectos dilatorios; o acreditase falta de culpa²⁷⁸.

En realidad, a pesar de que la redacción del precepto parece suponer una imposición directa al juzgador (“...el litigante será sancionado...”),

275. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 526.

276. JUAN SÁNCHEZ, R., “Multa por dilación indebida en la vista”, en *Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 157.

277. ASENCIO MELLADO, J. M^a., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-74.

278. En opinión de ASENCIO MELLADO, J. M^a., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-177, para su acreditación, como no se ha previsto periodo de práctica, solamente podrá valerse de la prueba documental y los demás medios de prueba que hayan sido propuestos. Si no se logra acreditar la falta de culpa, además de la imposición de la sanción, en su opinión, implicará la pérdida de la posibilidad de practicar dicha prueba en cuanto las diligencias finales no son vía adecuada.

su operatividad se presenta altamente dudosa salvo que se pretenda sancionar un supuesto sin efecto dilatorio alguno o, en el peor de los casos, mínimo fruto de una ejecución de la prueba que meramente altere el orden de las pruebas dentro de la misma sesión (retrasos de tiempo inferiores a la duración de la vista o juicio).

La no ejecución temporánea puede implicar o no la suspensión de la vista. En caso de suspensión de la vista por causa imputable a la parte, ya se cuenta con un precepto como el art. 183.5 LEC que sanciona, entre otros, a la parte que ha procedido con dilación injustificada con el mismo importe máximo al decidir sobre el nuevo señalamiento.

Si no implica suspensión, lo que se habrá producido es una breve espera, una alteración en el orden en la práctica de la prueba o, en el peor de los casos, que se practique mediante diligencias finales²⁷⁹. En cualquier otra hipótesis, la parte se verá privada de la práctica de la prueba salvo que se produzca la suspensión de la vista. Las diligencias finales no permiten la práctica cuando se dan las condiciones para sancionar. Solamente cabrá acordar como diligencias finales la prueba admitida cuando no se hubiere practicado por causas ajenas a la parte que la hubiere propuesto (art. 435.1.3^a LEC), que es precisamente el supuesto de exoneración de la sanción. Además, la no ejecución de la prueba viene a representar el otro supuesto de exoneración: la renuncia a la práctica de la prueba. En este caso, como bien recuerda ASENCIO²⁸⁰, siempre que no la hubiera propuesto la parte contraria.

Si el supuesto de suspensión ya tiene un precepto que lo tipifica específicamente; la no ejecución en tiempo equivale a retrasos mínimos

279. Para DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 525, incluso cuando se practica mediante diligencias finales se complica el proceso y se provocan esfuerzos inútiles de modo que “no sobra sancionar autónomamente a quien provoca el retraso, y, no digamos, la omisión, de una prueba”.

280. ASENCIO MELLADO, J. M^a., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-78.

o incluso a la no ejecución de la prueba lo que implica no provocar dilaciones y corresponderse con el supuesto de exoneración, puede concluirse que el aumento de poderes judiciales son nimios a través de un art. 288 LEC que se aplicará a situaciones más bien insignificantes, tendrá una operatividad escasa²⁸¹, que, por añadidura, al final incluso permite exonerarse con cierta facilidad de la sanción.

Nada se contempla expresamente sobre la posibilidad de interponer recursos frente a la decisión. Algún autor mantiene que cabrá reposición sustanciada de forma oral²⁸², sin embargo, esta solución se presenta como mínimo dudosa. De forma concluyente, JUAN SÁNCHEZ²⁸³, expone que en nuestro ordenamiento el régimen disciplinario-procesal de los abogados es único y se rige principalmente por lo dispuesto en los arts. 522 y ss LOPJ, a cuyas normas cabe estar para la impugnación de estas sanciones. Criterio que, además, es seguido por no pocas Audiencias Provinciales como recoge el citado autor.

4. Documentación de la práctica de la prueba

En el contexto de un procedimiento caracterizado por la oralidad, la documentación de los correspondientes actos procesales, mediante el registro en soporte apto para la grabación y reproducción de sonido e imagen supone una mayor calidad respecto de la tradicional documentación escrita en el acta, permite una mejor valoración judicial y, para las partes, potencia el ejercicio del derecho de defensa

281. Por el contrario, ASENSIO MELLADO, J. M^a., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., págs. 1-72 y ss, para quien, entre otras cosas, la posibilidad de sanción merece ser elogiada y se aplicará a buen número de supuestos como incumplimiento de exhortos, no aportación del objeto o cosa a que se refiera la prueba o incomparecencia de testigos, peritos o partes.

282. MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., pág. 2235.

283. JUAN SÁNCHEZ, R., *Sanciones a abogados y procuradores con ocasión de su actuación ante la administración de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 43-63

sobre todo en cuanto facilita la preparación de los correspondientes recursos.

Si se añade, además, que la grabación va a ser intervenida por el secretario judicial actuando como fedatario público, es claro que la documentación aumenta en garantías²⁸⁴, pues impide –o al menos dificulta cualificadamente– la realización de “vistas” y comparencias ficticias o sin presencia judicial o de ambas partes²⁸⁵.

La función del secretario judicial, aunque simplificada consecuencia de las ventajas de las nuevas tecnologías, cobra especial importancia en la mejora del sistema²⁸⁶, en comparación con unas actas que no permitían registrar todo lo acontecido²⁸⁷. La función de garante derivada de la condición como fedatario público que corresponde al secretario judicial, a pesar de la simplicidad que supone el manejo de tecnologías digitales, en modo alguno supone su infravaloración sino todo lo contrario. Conforme al art. 145 LEC, los secretarios dan fe “con carácter

284. Afirma MAGRO SERVET, V., «Artículos 146 a 147. Los actos procesales (I)», en *Proceso Civil Práctico*, V, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), La Ley, Madrid, 2001, pág. II-139, desde el punto de vista del recurso de apelación, que existe quizá una relación directa entre la aplicación del principio de inmediación y la observación de la grabación, de modo que hay constancia de la presencia judicial. Comparto tal consideración y añadiría además que también es garantía de la oralidad y hasta de la propia existencia material de la vista regularmente realizada.

285. Posiblemente por ello, entre otras cosas, pone de manifiesto FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, cit., pág. 15, que “se trata de un proceso regido, de verdad, por la inmediación y la oralidad. No será posible que sigamos desarrollando actos escritos sin que estén presente el juez y los letrados de las partes, fingiendo oralidad y la inmediación”.

286. No comparto, por tanto, la valoración de que la función del secretario judicial queda actualmente “anquilosada” e inútil como opina GUILLÉN SORIA, J. M., “El papel de los secretarios judiciales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Consideraciones prácticas sobre Derecho, Justicia y Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), CIDP, Valencia, 2004, págs. 26-7, quien añade que su papel queda “deslucido, empequeñecido, como el de suyo donde su intervención no hace ninguna falta real”. Y en el mismo sentido, IVARS RUIZ, J., «Celebración de las vistas», en *Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 164.

287. En ese sentido, ALANDETE GORDÓ, F., “Nueva Ley, nueva Abogacía”, en *Consideraciones prácticas sobre Derecho, Justicia y Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), CIDP, Valencia, 2004, pág. 36.

de autoridad” de las actuaciones procesales²⁸⁸, y, sobre todo, tras la reforma operada por la LO 19/2003, el art. 238 LOPJ introduce como causa expresa de nulidad de los actos procesales el que “se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial”.

La grabación con redacción de acta abreviada será la regla general. En éste se consignará, junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, las peticiones propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el Tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no constaran en soporte apto para la grabación y reproducción (artículo 146.2 LEC). Solamente si no pudieran utilizarse los medios de registro por cualquier causa, como por ejemplo una avería en un medio de grabación, la vista se documentará por medio de acta completa realizada por el Secretario Judicial (arts. 146, 147 y 187 LEC)²⁸⁹.

La grabación se efectuará bajo la fe del Secretario Judicial, a quien corresponderá la custodia de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiere efectuado. Y las partes podrán pedir, aunque sea a su costa, copia de las grabaciones originales (art. 147 y 187.1 LEC).

Las indudables ventajas exigen como contrapartida importantes esfuerzo económico no solamente para la inversión en material técnico en todas y cada una de las salas de vistas de los órganos jurisdiccionales (de todos los órdenes, sean unipersonales o colegiados, dada la aplicación supletoria prevista en el art. 4 LEC), como igualmente y lo que no es desdeñable, su mantenimiento en condiciones de calidad y prontitud.

288. BANACLOCHE PALAU, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 306, destaca que esta circunstancia tendrá efectos penales, sobre todo en casos de desobediencia.

289. Conforme al art. 187 LEC, si no fuera posible la grabación, solamente del sonido, si el “tribunal” lo considera oportuno, se unirá a los autos una transcripción escrita de lo que hubiera quedado registrado en los soportes correspondientes.

Otra eventual desventaja es que, consecuencia de problemas puntuales e inadvertidos en las grabaciones, puede generar nulidad de actuaciones cuando no se disponga de una grabación en condiciones y se cuente solamente con el acta sucinta a que se refiere el art. 146.2 LEC, que no permite conocer el contenido de la prueba y particularmente de la práctica probatoria²⁹⁰. Tan grave consecuencia hace más que conveniente que el secretario judicial compruebe durante el juicio que la grabación se está realizando correctamente y, antes de la firma del acta, que se ha recogido el juicio en su integridad, conservando, debidamente custodiado, un ejemplar de la grabación²⁹¹.

Por supuesto, dado que para la nulidad de actuaciones no basta con un mero error de procedimiento sino que es necesaria efectiva indefensión (entre otras, STC 39/1995, 13 febrero)²⁹², no procederá ésta cuando,

290. Así, por ejemplo, la SAP Soria, 16 octubre 2002, AC 2003\123, decreta la nulidad por falta de grabación de la vista por un incorrecto funcionamiento del sistema, y sin documentación escrita completa. Y la justifica en que el Tribunal de apelación no puede valorar el denunciado error en la valoración de la prueba practicada en la instancia. En similar sentido se pronuncian diversas resoluciones: SSAP Valencia (Secc. 9ª), 2 de octubre de 2002 (JUR 2003\9286); Málaga (Secc. 4ª), 30 de abril de 2003 (AC 2003\1671); Cádiz (Secc. 7ª), 15 de septiembre de 2003 (JUR 2003\242851); Granada (Secc. 4ª), 13 de mayo de 2003 (JUR 2003\222873); Córdoba (Secc. 2ª), 21 de diciembre de 2002 (JUR 2003\34846).

291. Así se constata en el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de mayo de 2007 (JUR 2007\252509), por el que *“cuando el acta del juicio oral se haya documentado exclusivamente en una grabación audiovisual, los defectos graves en la grabación que impidan conocer al Tribunal de apelación el contenido de lo desarrollado en el juicio obligará, en su caso, a declarar la nulidad del juicio y su repetición, en los términos que establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/2004, de 14 de enero. Para evitar estos graves efectos, debe exigirse que los Secretarios Judiciales comprueben durante el desarrollo del juicio que la grabación se está realizando correctamente y, antes de firmar el acta, que se ha recogido el juicio en su integridad, conservando después, debidamente custodiado, un ejemplar de la grabación, aparte del unido a las actuaciones. Hay que exigir una mayor diligencia técnica en la grabación, realizando siempre un índice de selección que facilite la localización de las declaraciones de los testigos y los peritos, con el fin de facilitar la labor de los Tribunales de apelación”*.

292. Según la SAP Pontevedra (Secc. 3ª), 28 de marzo de 2008 (Ponente: D. Francisco Javier Romero Costas. JUR 2008\181418), *“no es sólo que sea necesario para ello el quebrantamiento de las normas esenciales del procedimiento sino que también se hace precisa la concurrencia de una efectiva indefensión a la parte que la insta con incidencia en la posibilidad de defensa de sus derechos. Al respecto no puede llegarse a tal conclusión pues, aun siendo parca la redacción del acta de la Audiencia Previa, constan en la misma datos suficientes para determinar la situación jurídica convergente, siendo además que la posición y derechos de la parte resultan claros y explicitados, tanto en su demanda como en su impugnación, a lo que ha de adicionarse*

por haber previsto el fallo técnico o por cualquier otra circunstancia, en concreto no se privan de elementos para preparar la defensa o la valoración judicial²⁹³, por ejemplo, cuando se acredita que el recurrente dispuso de una copia no obstante haber quedado inútil el soporte de grabación²⁹⁴, así como, en todo caso, cuando se documenta el acta de forma completa²⁹⁵.

que la postura contraria se infiere con claridad de su rebeldía inicial, de lo consignado en la Audiencia Previa, de los Antecedentes de Hecho de la Sentencia de la instancia y, por último, de su postura final ante la apelación que nos ocupa”.

293. Y en la apelación ocasionalmente tampoco, por ejemplo, la SAP Alicante, Secc. 4ª, 5 junio 2003, JUR 2003\254960, señala que no se produce indefensión, a pesar de que se den fallos que privan de sonido, cuando precisamente en la parte de la práctica probatoria éste se recupera. Asimismo se presenta matizada la SAP Madrid (Secc. 25ª), 13 de octubre de 2006 (Ponente: D. Carlos López-Muñiz Criado. AC 2007\151), cuando entiende que *“si puede afectar a los derechos procesales en la segunda instancia porque la ausencia de grabación priva a las partes y al tribunal de apelación de un elemento de conocimiento necesario para la preparación del recurso y su resolución. Pero en ese caso lo que debe ser subsanado no es la sentencia de primera grado, que como ya dijimos no está afectada de nulidad, sino la documentación del acto celebrado, bien sea mediante la redacción de un acta extensa, bien mediante la repetición del acto, que es lo llevado cabo en el tribunal de instancia. Ciertamente en algunos casos el defecto puede ser tan grande que podría también llegar a afectar a la sentencia e imposibilitar la conservación de actos prevista en el artículo 230 LECiv, pero se trata de casos límite donde no es posible comprender su sentido y razón sin el conocimiento de lo acontecido en el acto verbal, pero no es eso lo ocurrido en el supuesto de autos, en el que contamos, además, con el problema subsanado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 LECiv. Lo expuesto nos lleva, pues, a desestimar este primer motivo del recurso”.*
294. Como indica la SAP A Coruña (Secc. 6ª), 27 de julio de 2006 (Ponente: Dña. Leonor Castro Calvo. JUR 2006\252486), *“ha justificado debidamente que la demandante y apelante disponía de una copia de la grabación de la vista del juicio del que dimana la presente alzada (ordinario núm. 128/04), que fue aportado como medio de prueba el día 18 de octubre de 2004, en otro procedimiento seguido entre ambas partes. De lo expuesto resulta que, con independencia del hecho desafortunado de que por causas que se ignoran el soporte documental en el que se grabó el juicio ordinario, perdiera por completo sus cualidades quedando inútil, lo que no permitió su reproducción, a la demandante no se le generó indefensión”.*
295. Afirma la SAP Pontevedra (Secc. 1ª), 22 de febrero de 2007 (Ponente: Dña. María Begoña Rodríguez González. AC 2007\1380) que *“si consta en autos el acta expresiva de las manifestaciones del actor y del testigo, recogida por la Sra. Secretaria, sin que tampoco esta vez por el apelante se concrete qué es lo que falta o que infidelidad ha recogido aquella fedataria. El Letrado que asiste al juicio debía saberlo, sin embargo, nuevamente prefiere solicitar la nulidad con un fundamento genérico de base jurisprudencial, incluso de esta misma Sala, pero que no es aplicable al caso. Efectivamente no se ha filmado en video parte de las declaraciones pero sí constan recogidas en acta, luego, se da el presupuesto del art. 187 de la LECiv y ni siquiera se indica en ningún momento qué es lo omitido”.* Y en esa línea, SSAP Asturias (Secc. 7ª), 22 de abril de 2003 (JUR 2003\231770); Huelva (Secc. 2ª), 31 de enero de 2003 (JUR 2003\93332); AAP Madrid (Secc. 14ª), 27 de octubre de 2003 (JUR 2004\87935), incluso aunque se solicite la transcripción mecanográfica de la misma y es denegada (SAP Granada, Secc. 4ª, 3 noviembre 2003, JUR 2004\12519).

Asimismo, concurren ciertos riesgos como el mal uso de la copia de la grabación cuando pueda afectar a la intimidad, honor, menores, etc., por los que en ocasiones se ha entendido que cabe decidir la no grabación en correlación con lo previsto en el art. 138.2 LEC²⁹⁶. Sin embargo, ha de recordarse que este precepto autoriza limitaciones a la publicidad pero no a la documentación del acto. Otra cosa es que, una vez documentado mediante grabación, se adopten medidas especiales de protección como sería la denegación de copias del acto a que se refiere el art. 147.III LEC.

Como revela también el estudio de la jurisprudencia, a la hora de decidir decretar nulidad de actuaciones adquieren relevancia capital los casos en que, alegado el error en la valoración de la prueba en el recurso de apelación, no consta la documentación de la vista, juicio²⁹⁷ o, en su caso, diligencia final²⁹⁸. No obstante su menor intensidad, en mi opinión, además de exigirla la LEC, la grabación será también necesaria siempre que en el acto el “tribunal” tenga que oír a las partes,

296. MAGRO SERVET, V., «Artículos 146 a 147. Los actos procesales (I)», (dir.: GIMENO; COOR.: MORENILLA), cit., pág. II-139.

297. En estos casos, según la SAP Murcia (Secc. 3ª), 23 de enero de 2006 (Ponente: Dña. María Pilar Alonso Saura. JUR 2006\164125), la nulidad “*procede acordarla, dada la naturaleza revisora del recurso de apelación y la imposibilidad de valorar en la alzada la prueba practicada a que se refiere el recurso interpuesto con la consiguiente indefensión para la parte apelante y por aplicación del artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*”. Incluso, autores como GIMENO SENDRA, V., «Artículos 399 a 430. Alegaciones y audiencia previa», en *Proceso Civil Práctico*, V, (dir.: Gimeno; coor.: Morenilla), La Ley, Madrid, 2000, pág. III-129, consideran que la audiencia previa, dado su contenido jurídico, no debería haberse exigido su grabación.

298. Según la SAP Málaga (Secc. 4ª), 29 junio de 2007 (Ponente: D. José Luis López Fuentes. AC 2008\749), “*al no haberse registrado la imagen y el sonido del desarrollo del acto de la Diligencia Final celebrada el día 28 de julio de 2006, y haberse invocado expresamente por el recurrente como motivo de impugnación la errónea valoración de la prueba por parte del Juzgado de Instancia, y muy especialmente del informe emitido por el Sr. Médico Forense, esta Sala no puede pronunciarse sobre si la decisión judicial adoptada responde o no a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad y que permita la eventual revisión jurisdiccional mediante el recurso de apelación que nos ocupa, dado que de dictarse sentencia sin posibilidad de revisar la referida prueba practicada ni ser practicada en esta alzada, produciría indefensión material a la parte recurrente, por lo que procede declarar la nulidad de las actuaciones a partir de la referida Diligencia Final (artículo 240.2 de la LOPJ), incluida la sentencia de instancia y devolver las actuaciones al Juzgado de procedencia, para que proceda de nuevo a celebrar y documentar debidamente dicha prueba, con dictado de nueva sentencia*”.

aunque el contenido de las alegaciones sea estrictamente jurídico. En estos casos, no obstante, la declaración de nulidad exigiría encontrar situaciones concretas de indefensión, menos evidentes a las que se dan cuando el contenido de la vista es probatorio.

5. El uso de la lengua oficial en la práctica de pruebas

La cuestión de la lengua que se utiliza en las actuaciones orales, y especialmente en la práctica de pruebas, cobra especial importancia en los ordenamientos jurídicos que cuentan con un proceso regido por la oralidad. En el caso español, además, en aquellas comunidades autónomas con lengua propia, ha de diferenciarse dos situaciones: la del órgano jurisdiccional y la de las partes.

Por lo que se refiere al órgano jurisdiccional, el art. 142.1 y 2 LEC, en sintonía con el art. 231 LOPJ, es muy claro cuando dispone que en todas las actuaciones judiciales, y especialmente por su importancia en la práctica de pruebas, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales y demás funcionarios de Juzgados y Tribunales usarán el castellano, lengua oficial del Estado, así como la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, si ninguna de las partes se opusiere, alegando desconocimiento de ella que pudiere producir indefensión. En definitiva, el personal podrá perfectamente usar la lengua propia –y cooficial- de la comunidad autónoma en la que se ubique el órgano jurisdiccional hasta que alguna de las partes se opusiere alegando desconocimiento que pudiere producir indefensión. En tal caso, habría de utilizar el castellano.

Por lo que se refiere a las partes y personal colaborador, la situación es bien distinta. El art. 142.3 LEC prevé para las partes, sus procuradores y abogados, así como los testigos y peritos, que en todo caso “podrán utilizar la lengua que sea también oficial en la Comunidad Autónoma

en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales, tanto en manifestaciones orales como escritas”. Si se alegara desconocimiento, el art. 142.5 LEC permite habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa de fiel traducción.

El respetable derecho al uso de una lengua cooficial de los que participan en el proceso –a excepción de quienes integran el órgano jurisdiccional cuyo derecho solamente alcanza hasta que se alegue desconocimiento- no debe confundirse con un hipotético derecho a que el proceso se sustancie íntegramente en el idioma cooficial. El artículo 142.3 LEC garantiza exclusivamente que, en los actos de parte o de terceros, ambos podrán utilizar el idioma oficial autonómico con plena validez y eficacia sin necesidad de traducción (artículo 142.4 LEC). Pero el personal integrante del órgano jurisdiccional solamente podrá usar la lengua cooficial, y además limitadamente como he señalado. Todo ello sin perjuicio de que, como apunta JUAN SÁNCHEZ²⁹⁹, las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia pueden determinar cuál es el alcance de la cooficialidad y así, en algún caso, a través de las leyes de normalización lingüística, se reconoce el derecho a que cuando el interesado lo solicite, los tribunales de la Comunidad Autónoma correspondiente deban dirigirse al mismo en el idioma cooficial.

Las actuaciones realizadas en lengua propia de la Comunidad Autónoma, sin necesidad de traducción, tendrán plena validez y eficacia, si bien se procederá de oficio a su traducción cuando deban surtir efecto fuera de la Comunidad, salvo que se trate de comunidades autónomas con lengua propia coincidente, así como también se traducirá cuando lo dispongan las leyes o a instancia de parte se alegue indefensión (art. 142.4 LEC). Ahora bien, no se contempla la traducción de oficio

299. JUAN SÁNCHEZ, R., «Uso de lengua oficial», en *Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 207-8.

por desconocimiento del propio juez o de los magistrados³⁰⁰, lo que supondrá, en opinión de algún autor, un importante freno para la movilidad del personal juzgador y puede llegar a matizar el principio de unidad jurisdiccional³⁰¹.

La regulación se completa con la posibilidad de intervención de intérpretes. Asimismo, correlativamente con lo previsto en el art. 142.5, el 143.1 LEC autoriza a que el tribunal habilite como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua de que se trate, exigiéndosele juramento o promesa de fiel traducción. Igualmente podrá valerse de la escritura si se tratare de persona sordomuda y supiera leer y escribir, y cuando no sepa una cosa ni otra, se nombrará intérprete adecuado (art. 143.2 LEC).

En los casos de declaración de las partes, testigos o peritos extranjeros ha de ponerse especial cuidado en que quienes no conozcan el castellano puedan comprender suficientemente el contenido de la práctica de la prueba. Si lo que no conocen es la lengua autonómica habrán de formular la oportuna oposición alegando desconocimiento y por ende indefensión. Cuando sea necesario, el servicio de traductores en los órganos jurisdiccionales debería obviar reseñables problemas sobre temas lingüísticos. En realidad, la mayor parte de la problemática se reduce a que efectivamente quienes integran el órgano jurisdiccional sea capaz (y el término ha de ser enlazado con el tenor del art. 103.3 CE que por analogía pueda corresponder) de entender la lengua oficial que pueda utilizar la correspondiente parte, su procurador y abogado, así como los testigos y peritos, cuando ninguna parte se opusiere alegando desconocimiento e indefensión. Desde luego, no resulta imaginable, ni admisible en todo caso, que el personal integrante del

300. Opinión contraria, con base en razones de eficacia, BANACLOCHE PALAU, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), Civitas, Madrid, 2001, pág. 303.

301. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal. Introducción*, (con DÍEZ-PICAZO y VEGAS), EURA, Madrid, 2004, pág. 336.

órgano jurisdiccional alegue ninguna suerte de indefensión que pudiera enmascarar sus carencias culturales y sus limitaciones en la aptitud para la función.

6. La utilización de la videoconferencia en la práctica de pruebas

Atendido el tenor del art. 229.3 LOPJ, según el cual, las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, “podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes”, es claro que su uso no se limita al orden penal³⁰², sino que es admisible en todos los órdenes jurisdiccionales.

Ahora bien, el anterior precepto no justifica que su práctica se generalice hasta el extremo de convertirse en norma ordinaria, sino que habrá de ser adoptada excepcionalmente, exclusivamente cuando concurren razones que lo justifiquen.

En el régimen general del proceso civil³⁰³, la prueba se practicará en la sede del órgano y ante el juez. El art. 169.4.II LEC es rotundo en este sentido cuando establece que el interrogatorio de las partes, la

302. Véase a tal efecto las Instrucciones 1/2002, de 7 de febrero, y 3/2002, de 1 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia y sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de la misma respectivamente.

303. En el proceso penal no se han previsto tantas exigencias respecto de la comparecencia del Ministerio Fiscal. El art. 306.IV LECrim exige a tal efecto meramente que “existan los medios técnicos precisos”. Sin embargo, para otras comparecencias, el art. 325 LECrim solamente lo prevé para supuestos de “utilidad, seguridad o de orden público” o para casos en los que la comparecencia de quien haya de intervenir “resulte particularmente gravosa y o perjudicial”. Exigencia que se reitera exactamente igual en el art. 731 bis LECrim, aunque este último precepto considera especialmente adecuada su utilización en el caso de menores.

declaración de los testigos y la ratificación de los peritos se realizará con carácter general en la sede del Juzgado o tribunal que esté conociendo del asunto de que se trate y “sólo cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial”. Circunstancias a las que remite igualmente el art. 313 LEC a los efectos del interrogatorio de las partes; lo mismo que el art. 364.1 LEC, si bien añade, como concreción de los anteriores, el de la enfermedad del testigo.

La videoconferencia presenta importantes ventajas, o implica reducción de inconvenientes, frente a la presencia directa ante el juez en el órgano jurisdiccional. Incluso en la mayoría de las ocasiones, sobre todo en el proceso civil, no supone comparativamente significativas limitaciones en las posibilidades valorativas máxime la menor relevancia en este proceso de la prueba de declaración de parte y testifical respecto de la documental. Sin embargo, no deja de ser un sucedáneo. La comparecencia directa, especialmente si se graba mediante los sistemas de reproducción del sonido y de la imagen, ofrecerá las máximas posibilidades valorativas en el juzgador.

En cualquier caso, la regla general ha de ser la práctica de pruebas directamente ante el juez y en la sede del órgano. Cualquier otra posibilidad habrá de considerarse excepción y adoptarse en forma motivada³⁰⁴, solamente cuando se justifique en circunstancias como las previstas en el art. 169.4.II LEC.

304. Comparto con ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., pág. 29, que su aplicación deberá ser siempre motivada y quedar circunscrita a situaciones muy especiales.

III. Problemática probatoria específica en el juicio verbal

Como es sabido, la LEC regula dos procedimientos comunes: el juicio ordinario y el verbal. De las normas de adecuación prevista en los arts. 249 y 250 LEC se vislumbra que este segundo se prevé para materias que se consideran en principio sencillas –o al menos en ocasiones que exijan una tramitación más ágil o abreviada para facilitarla- y para cuantías poco elevadas. Ahora bien, si la escasa cuantía, la sencillez material o la vocación de agilidad se encuentran en la base de un diseño procedimental más breve y simple, lo que no se justifica es la imprevisión legislativa que dificulte cuando no haga imposible su integración normativa por las reglas generales. Lamentablemente esto ocurre demasiado en el juicio verbal especialmente en el común con contestación oral, entre otros supuestos, en dos temas relacionados con la prueba: el de la viabilidad de la prueba pericial en el juicio verbal con contestación oral³⁰⁵, y el de la procedencia del trámite de alegaciones conclusivas en todo juicio verbal.

305. Sobre esta prueba hay abundante literatura. Para un panorama completo, entre otros, PICÓ I JU-NOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español. Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.

1. Admisibilidad de la prueba pericial y problemas de encaje en el juicio verbal con contestación oral

La regulación de esta materia se muestra deficiente³⁰⁶. La LEC regula expresamente la aportación de la prueba pericial para el juicio ordinario y para el verbal con contestación escrita y deja carente de previsión expresa el juicio verbal más común con contestación oral. Se multiplican los problemas de encaje y hasta incluso se pone en tela de juicio la admisibilidad de la designación judicial del perito en este juicio. Veamos una referencia a la regulación general y, a continuación, cómo ha de resolverse a favor de la admisibilidad de esta prueba y las múltiples dificultades de integración.

A) Régimen general previsto para el juicio verbal con contestación escrita

El momento idóneo para la aportación de dictamen pericial por la parte es, conforme a los artículos 336.1 y 265.1.4º LEC, el de la presentación de su primer escrito, sea el de demanda o el de contestación en el juicio ordinario o en los verbales especiales con contestación escrita conforme al art. 753 LEC³⁰⁷.

306. Ha llegado a calificarse por PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español. Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, cit., págs. 82 y 166 entre otras como “labyrinthus peritiae”. PÉREZ UREÑA, A. A., “Problemas derivados de la proposición de la prueba pericial en el juicio verbal y vías de solución”, en *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 53, octubre 2008, pág. 7, utiliza un expresión contundente cuando habla de “verdadero caos normativo”.

307. Se trata de los procesos a los que se refiere el artículo 748 LEC, esto es, los que versen sobre capacidad, prodigalidad, filiación, paternidad, nulidad matrimonial, separación, divorcio, modificación de medidas, guarda y custodia, alimentos, reconocimiento de resoluciones canónicas, oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores, y asentimiento en adopción. Otro problema que no es momento dilucidar ahora es si los juicios verbales que formalmente se originan como consecuencia de un procedimiento de técnica monitoria, incluido

La anterior regla general es consecuente con la presunción prevista en el artículo 336.3 LEC por el que se entiende que al actor le es posible aportar el dictamen con la demanda; así como con los requisitos impuestos a la demandada en caso de que no pueda aportar dictámenes escritos con la contestación (art. 336.4 LEC). Pero igualmente anuncian que serán admisibles los dictámenes presentados con posterioridad cuando se cumplan las exigencias legalmente previstas:

- 1.º Expresar en la demanda o contestación los dictámenes de que pretendan valerse.
- 2.º Aportar los dictámenes, para su traslado a la parte contraria³⁰⁸, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso antes de iniciar la audiencia previa al juicio ordinario o antes de la vista en el verbal.

Asimismo, específicamente para cada una de las partes, ha de justificarse que no les ha sido posible aportar el dictamen en los momentos adecuados correspondientes. Así, el actor justificará “cumplidamente

por tanto el cambiario. ¿Es un verbal con contestación oral o con contestación escrita? Aunque esta pregunta se presenta sencilla en el sentido de que son procedimiento con contestación oral (la contestación por el demandado se produce en la vista). Las particularidades de la técnica monitoria introducen factores de confusión. Al menos los siguientes: el requerido de pago formula oposición (por escrito), del mismo se origina juicio verbal y se cita para la vista. Surge así un procedimiento formalmente autónomo para dilucidar la oposición. La oposición-contestación al monitorio se convierte en demanda que abre formalmente el juicio. En fin, en el juicio verbal de oposición el deudor es demandante, y el acreedor demandado. La contestación oral la realiza el acreedor demandado de oposición en la vista. En fin, toda este “desbarajuste” que provoca la técnica monitoria provoca una confusión tal que algunos autores y jurisprudencia, como PÉREZ UREÑA, A. A., “Problemas derivados de la proposición de la prueba pericial en el juicio verbal y vías de solución”, cit., págs. 8-10, los incluya, en mi opinión comprensible pero erróneamente, entre los juicios verbales con trámite de contestación escrita.

308. Algún autor pone de manifiesto una cierta descoordinación de este precepto respecto a la regulación del art. 276 LEC (MAGRO SERVET, V., *La prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación*”, (con otros), La Ley Editorial, Madrid, 2007, págs. 21-22). Sin embargo, no encuentro ninguna incoherencia, ni mucho menos incorrección, en el hecho de que el artículo 337.1 LEC aluda a la presentación “para su traslado a la parte contraria” con que el art. 276 de la misma LEC regula una forma de ese mismo traslado en caso de que las partes se valgan de procurador.

que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquélla hasta la obtención del dictamen” (art. 336.3 LEC); y el demandado “la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar” (art. 336.4 LEC).

No obstante los matices en su redacción, se trata de la misma exigencia si bien adecuada a las específicas posibilidades que derivan de las posiciones activas o pasivas en el proceso, éstas últimas sometidas a plazos preclusivos para contestar en todo caso.

De otro lado, se autoriza la presentación de dictámenes en momentos posteriores sin tener que cumplir las exigencias anteriores, en aquellos casos en que la justificación de la imposibilidad de presentación inicial se encuentre implícita en el hecho de que la necesidad o utilidad del dictamen se haya puesto de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia³⁰⁹. En tales casos, las exigencias anteriores se sustituyen por la condición de que se presente con al menos cinco días de antelación, cuando corresponda, a la celebración del juicio o de la vista.

309. A pesar de la regla general prevista en el art. 412.1 LEC por la que las partes no podrán alegar con posterioridad al establecimiento del proceso, su punto segundo ya se refiere a que la disposición es “sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente ley”. Y la LEC prevé diversas posibilidades: En el art. 424 alegaciones del actor relativas al incumplimiento de requisitos procesales en la personación y contestación del demandado; en el art. 426, alegaciones que implican modificación de la pretensión procesal o de las pretensiones procesales objeto del proceso, aunque sea limitadamente; y alegaciones complementarias justificadas en lo alegado por la contraparte y aclaratorias sobre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes. Y hasta incluso alegaciones ampliatorias de hechos en el art. 286.4 LEC. Y todo ello sin perjuicio de las posibilidades de alegación que corresponden al interviniente con base en el cuanto menos poco claro artículo 13 LEC. En todo caso, el artículo 426.5º LEC prevé expresamente la posibilidad de que las partes puedan aportar documentos y dictámenes que se justifiquen en razón de las alegaciones complementarias, rectificaciones, peticiones, adiciones y hechos nuevos a que se refiere el mismo precepto.

B) Admisibilidad en el régimen específico para los juicios verbales con contestación oral

Los arts. 335 a 352 LEC regulan la prueba pericial en sus dos modalidades: la del dictamen pericial aportado por la parte y el de designación judicial del perito³¹⁰. Aunque en ambos casos será necesaria la actividad de la parte (salvo prueba de oficio conforme a los arts. 349.5 y 752.1.II LEC), en el segundo la designación concreta del perito corresponderá al juzgador. La alternativa es por tanto doble, bien la aportación del dictamen pericial directamente por la parte, bien que la parte solicite la emisión de dictamen por perito designado por el tribunal (art. 335.I LEC).

Siendo similar la función del perito en ambos, reciben una regulación específica en la LEC. El mismo acto de la designación judicial ya exige *per se* la previsión de un previo procedimiento adecuado (arts. 339 y 341 LEC), pues la propia actuación judicial impone establecer las condiciones, plazos y las pautas que han de seguirse según exista o no acuerdo por las partes en quién dictaminará. Incluso se regula un régimen adecuado de abstención y recusación si el perito es designado judicialmente, o de tacha si el dictamen es aportado directamente por la parte (art. 343 en relación con los arts. 105 y 124 a 228 LEC).

La regulación en la LEC, con todo, se presenta deficiente porque, en el dictamen pericial aportado por la parte, contempla solamente el supuesto de contestación por escrito, dejando sin regular los procedimientos verbales más habituales en la práctica, esto es, los que cuentan con contestación oral. Omisión que ha permitido posiciones doctrinales que niegan la admisibilidad de la prueba pericial en estos tan habituales procedimientos³¹¹, y que, en caso de que sea admisible, plantea importantes dudas de aplicación normativa.

310. Este último supuesto será la regla general en los casos de asistencia jurídica gratuita (art. 339.1 LEC).

311. Entre otros, ASENSIO MELLADO, J. M^a., "La prueba", (Dir.: GIMENO), cit., pág. 1-684.

En fin, centrada la regulación de la prueba pericial en una contestación “en forma escrita” (art. 336.1 LEC), quedan carentes de desarrollo legislativo expreso los juicios verbales que no sean los del art. 753 LEC³¹². Ante esta situación, podría plantearse un problema inicial como el de la admisibilidad de la prueba pericial en estos juicios verbales.

Sin embargo, la solución a este problema se presenta sencilla si atendemos al tenor del art. 265.1.4º y 4 LEC que, con carácter general, prevé que el demandante los presente con la demanda y, como dispone el apartado 4 citado, “en los juicios verbales, el demandado aportará los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes a que se refiere el apartado 1 en el acto de la vista”. No resulta correcta, por tanto, ninguna interpretación *sensu contrario* que pudiera hacerse del art. 336.1 LEC. La jurisprudencia la suele considerar admisible³¹³, y hasta el mismo Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este punto considerando la inadmisión de la prueba

312. Estos procesos especiales son los de capacidad, prodigalidad, filiación, paternidad, nulidad matrimonial, separación, divorcio, modificación de medidas, guarda y custodia, alimentos, reconocimiento de resoluciones canónicas, oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores, y asentimiento en adopción.

313. La SAP Bizkaia (Secc. 3ª), 32 de enero de 2003 (Ponente: Dña. Ana Isabel Gutiérrez Gegúndez. AC 2003\1217), decreta la nulidad de actuaciones en la que se rechaza una prueba pericial por extemporánea presentada por el deudor en el juicio verbal posterior al monitorio. En realidad, la citada sentencia no tiene una idea muy clara –confusión muy común en este tipo de juicios– de quién es el actor y el demandado en el juicio verbal. En mi opinión, es claro que el actor en el juicio verbal es el deudor que formula “demanda” de oposición, por tal motivo, el momento procesalmente oportuno para presentar la prueba pericial tendría que ser precisamente el escrito de oposición. Otras sentencias, sobre todo con un erróneo entendimiento de la posición que ocupa el acreedor en el juicio verbal posterior a un monitorio, consideran extemporánea la solicitud de prueba pericial en el momento de la vista. Así, la SAP Salamanca (Secc. 1ª), 10 de mayo de 2006 (Ponente: D. José Ramón González Clavijo. JUR 2006\271758), considera la inoportunidad de solicitar la pericial en la vista puesto que debería haberla presentado con cinco días de antelación, máxime cuando el acreedor conocía los motivos de oposición con carácter previo. Olvida esta sentencia que el acreedor es demandado de oposición y el momento de contestación es el de la vista. Afirma que *“la parte actora conocía perfectamente cuales eran los motivos de oposición de la demandada y pretende la práctica de una prueba pericial, solicitándola en el acto del juicio encaminada exclusivamente a desvirtuar esos motivos. Este conocimiento previo le obligaba a aportar el correspondiente dictamen pericial al menos cinco días antes de la celebración de la vista, según prevé el precepto citado y sin que pueda acogerse al artículo 339 . En cualquier caso y generosamente se podría haber acudido al artículo 339.3 segundo párrafo pero siempre hubiese sido necesaria la conformidad de la parte contraria sobre el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre. No hay indefensión alguna derivada de la decisión del Juez. Ha sido la propia conducta de la actora la que ha impedido la práctica en tiempo oportuno de la prueba pericial que a ella le convenía”*.

pericial por extemporánea, al haber sido presentada por el demandado en la vista, como no conforme a las exigencias constitucionales de tutela judicial efectiva³¹⁴. Y además, si con ello no fuera más que suficiente, supondría dotar de la nota de sumariedad al juicio verbal y, por esa vía, privar al mismo de eficacia de cosa juzgada. Puede afirmarse con cierta rotundidad que siendo regla general que las resoluciones judiciales firmes pasen en autoridad de cosa juzgada (art. 207.3 y 4 LEC), su excepción exigiría cuanto menos previsión legal expresa (art. 447.4 *in fine* LEC).

La prueba pericial resultará admisible y los preceptos que la disciplinan (arts. 335 a 352 LEC) serán de aplicación general, incluidos también todos los juicios verbales en virtud del art. 445 LEC.

a) Informes periciales aportados por la parte: problemas de encaje

La ausencia de una regulación específica para el juicio verbal con contestación oral mantiene algunos problemas de encaje y consecuencia de las diferencias procedimentales con el juicio ordinario.

314. Argumenta la STC 60/2007 (Sala 2ª), 26 de marzo (Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. RTC 2007/60) que *“tratándose de un juicio verbal, la norma aplicable es el art. 265.4 LEC, de cuya lectura se deduce con claridad que en los juicios verbales el momento hábil para que el demandado aporte los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes relativos al fondo del asunto es el del acto de la vista, en el cual, como queda acreditado, se propuso por el demandado. Los arts. 265.1.4 y 336 LEC hacen referencia al régimen general de la aportación de los dictámenes periciales a instancia de las partes. Estos preceptos establecen el momento procesal preclusivo de su aportación, que coincide con la presentación de los escritos de demanda y de contestación a la demanda (también rige esta regla en los casos de demanda reconvenzional y de contestación a la misma) en el juicio ordinario; en el juicio verbal, debido a que la contestación a la demanda se realiza oralmente en la vista, el dictamen aportado por el demandado debe introducirse al tiempo de la contestación oral, es decir, en la vista (arts. 265.4 y 336.1 y 4 LEC). Los dictámenes privados aportados con posterioridad a ese momento procesal habrán de ser inadmitidos por extemporáneos, mientras que los presentados en plazo deben ser admitidos por el Tribunal, cuya potestad jurisdiccional resulta circunscrita al control del cumplimiento del examinado plazo común para su aportación. (...) la inadmisión de la prueba propuesta para su defensa en el juicio verbal por don Manuel G. D. no resulta conforme a las exigencias constitucionales de tutela judicial efectiva, puesto que ha dado lugar a la negación a la parte demandada de la posibilidad de que se practicara una prueba en principio pertinente y que cabría hubiese resultado decisiva para la resolución del pleito”*. Se corroboran de este modo las razonables consideraciones que estimaban que la exclusión de la prueba pericial en el juicio verbal tendrían mal encaje en los derechos constitucionales. Así, por ejemplo, PÉREZ UREÑA, A. A., “Problemas derivados de la proposición de la prueba pericial en el juicio verbal y vías de solución”, cit., pág. 8.

Salvo la disposición del artículo 336.1 LEC por la que los dictámenes habrán de aportarse con la contestación, el resto de las previsiones relativas a la aportación del dictamen por el demandado hacen necesario como mínimo un considerable esfuerzo interpretativo para su traslación, y hasta en ocasiones directamente no tienen posibilidad alguna de esta traslación por mera incompatibilidad procedimental. Veamos algunos problemas.

1.º ¿Posibilidad de presentación del dictamen pericial con posterioridad a la contestación?

El requisito de que el demandado deba justificar la imposibilidad de pedir y obtener el dictamen dentro del plazo para contestar para poder presentarlo con posterioridad a la contestación (art. 336.4 LEC) ya plantea alguna dificultad en el contexto del juicio verbal, en cuanto al demandado no se le otorga plazo alguno para contestar. Como es sabido, en este juicio no se produce emplazamiento alguno para celebrar vista sino una citación para que en el día y hora fijado se pueda, entre otras cosas, contestar a la demanda en esa misma vista (arts. 440.1 y 443.2 LEC). Solamente podría encontrarse algún sentido a esta exigencia haciendo el esfuerzo interpretativo de entender que el “plazo” para contestar es el que media desde la citación a la vista. De ese modo, lo que vendría a exigirse es que la falta de aportación del dictamen por el demandado en el momento de la contestación se justificara en la imposibilidad de su obtención en el tiempo que media desde la citación y hasta la vista. Tiempo que, en el texto legal, (otra cosa es en la realidad diaria de nuestros juzgados) es más o menos similar al de los veinte días para la contestación al juicio ordinario puesto que, conforme al artículo 440.1 LEC, no ha de ser inferior a diez ni superior a veinte días³¹⁵.

315. FORCADA NOGUERA, M., “Aportación del dictamen pericial en el juicio verbal”, en *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J.M.Bosch, Barcelona, 2006, pág. 416, considera que será así especialmente cuando el juzgador evidencie la esencialidad e importancia en el caso concreto de

De otro lado, podría surgir la necesidad de presentación del dictamen pericial a consecuencia de las alegaciones de las partes en el acto de la vista. En este caso, parece razonable que se admita la prueba pericial cuando sea pertinente y útil y sin que deba exigirse un necesario acuerdo de las partes para ello. Como contrapartida, esta decisión supondría la interrupción o suspensión de la vista³¹⁶, salvo que se admitan unas diligencias finales en el juicio verbal contrariamente a lo que es práctica habitual en nuestros juzgados. Sin embargo, esta posibilidad se presenta altamente improbable a favor del demandado si se exige y se cumple con que la demanda de juicio verbal contenga el objeto del proceso³¹⁷.

Cuestión distinta se planteará cuando el demandado formule reconvencción. En este caso, han de serle aplicables las reglas generales sobre aportación de dictámenes periciales, esto es, el art. 265.1.4º LEC, según el cual, a toda demanda se acompañarán los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones. De tal forma, si la exigencia del art. 438.1.II LEC, cuando se refiere a que la reconvencción se notifique al actor al menos cinco días de la vista, implica que se le entregue la demanda reconvenccional, en la misma habría de acompañarse también el dictamen pericial, en aras del ejercicio del derecho de defensa del actor originario³¹⁸. En cualquier caso, la exigencia le correspondería en tanto que el originario demandado se instituye en demandante reconvenccional.

la prueba pericial, siempre y cuando la falta de aportación del dictamen no sea por causa imputable al demandado y el propio juez entienda que no se trata de una maniobra dilatoria.

316. FORCADA NOGUERA, M., "Aportación del dictamen pericial en el juicio verbal", en *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), cit., pág. 417.

317. Como manifiesta ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 290, "en el juicio verbal la «causa petendi» también ha de ser aducida en la demanda, porque en otro caso no estaría identificado el objeto del proceso a efectos de la determinación de la competencia y de la adecuación del procedimiento, de la litispendencia y de la cosa juzgada. Sólo otras alegaciones no precisan ser formuladas en la demanda y pueden serlo en la vista".

318. En ese sentido, FORCADA NOGUERA, M., "Aportación del dictamen pericial en el juicio verbal", (dir.: ABEL y PICÓ), cit., pág. 419.

2.º ¿Presentación antes de la vista?

Lo que en modo alguno es aplicable en los juicios verbales con contestación oral en la vista es la exigencia de que el dictamen se aporte por el demandado “en todo caso... antes de la vista en el verbal” (art. 337.1 LEC). Esta previsión es de aplicación únicamente para el demandante³¹⁹. Otra cosa es que éste no pueda tener conocimiento previo, lo que no le plantea más desigualdades de las que derivan de la propia dinámica procedimental del juicio verbal donde el actor, a diferencia del juicio ordinario, con carácter general, y salvo contadas excepciones, no tiene conocimiento de la contestación del demandado con carácter previo a la vista.

3.º ¿Manifestación sobre si los peritos han de comparecer expresando si deberán exponer o explicar el dictamen o a responder?

Similares problemas de encaje plantea esta previsión del art. 337.2 LEC pensada y congruente con la presentación ordinaria del dictamen en momentos previos a la vista. La claridad de este precepto tampoco es la más óptima. Cuando dispone que “aportados los dictámenes conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, las partes habrán de manifestar...”,

319. Como señala la SAP Ciudad Real (Secc. 2ª), 7 de marzo de 2006. (Ponente: D. Ignacio Escribano Cobo. JUR 2006\141179) “partiendo del incontrovertible hecho de que la contestación a la demanda en el juicio verbal se opera precisamente en el acto de la vista regulada en el artículo 443 LEC, evidente resulta que no se cumple el presupuesto estatuido en el artículo 337/1 LEC, pues le era dable al demandado presentar en dicha vista al contestar la demanda la prueba pericial que entendiera conveniente en defensa de sus derechos, siendo de resaltar que la expresión «... o antes de la vista en el verbal» hace referencia exclusivamente al informe pericial que pudiera pretender presentar el actor con posterioridad a la presentación del escrito de demanda sucinta, pero no a la posición del demandado respecto del cual ninguna carga procesal le obliga a la presentación del informe con anterioridad a la contestación a la demanda en el acto de la vista”. Así y todo, la jurisprudencia ha intentando mitigar los efectos de una eventual nulidad de actuaciones que podría generar la circunstancia de que el demandado no aportara con carácter previo el dictamen. Pone de manifiesto la SAP Cáceres (Secc. 1ª), 19 de abril de 2007 (Ponente: D. Antonio María González Florianio. AC 2007\1682), que “el Derecho de Defensa de la parte actora no se ha visto vulnerado por cuanto que el Informe aportado a instancia de la parte demandada no presenta una densidad de tal calibre que -para garantizar el derecho de Defensa- exigiera el señalamiento de un plazo extraordinario con anterioridad a la celebración del Juicio a los efectos de que pudiera ser debidamente examinado”.

no se evidencia con total claridad si tal manifestación procede para todo supuesto de aportación de dictamen por la parte o solamente para el caso de que los dictámenes hayan sido aportados con posterioridad a los momentos ordinarios; como tampoco queda claro si procede hacerla solamente a quien aporta el dictamen o también a la contraparte.

En mi opinión, la exigencia es para todo aquel que aporta el dictamen, si bien el ejercicio del derecho de defensa ha de permitir –o no impedir– que cualquier parte pueda igualmente formular las mismas manifestaciones. Asimismo, la exigencia se prevé para los supuestos en que se presentan con carácter posterior a los previstos en general. Se justifica en posibilitar la citación del perito así como en permitir el pleno ejercicio del derecho de defensa de las partes, permitiendo el análisis previo del dictamen escrito y la preparación de preguntas, objeciones, propuestas de rectificación, etc. Siendo así, en el caso del demandado y atendido el momento de aportación en la contestación, parece claro que solamente tiene sentido la exigencia cuando no se aporte el dictamen en la vista y, por tanto, sea admisible la suspensión de la misma para su aportación posterior.

Para poder practicar la prueba pericial en el momento de la vista, el solicitante habrá de gestionar privadamente y lograr la presencia física del perito en ese mismo momento. Respecto del actor, como indicaba antes, las posibles limitaciones del derecho de defensa para preparar las preguntas, objeciones y demás actuaciones respecto de la declaración del dictamen pericial aportado por la contraparte, serán las mismas que con carácter general derivan de la propia dinámica procedimental del juicio verbal.

4.º Sobre las exenciones que el art. 338.1 LEC realiza de los requisitos del art. 337 LEC.

La inaplicación del art. 337 que contempla el art. 338.1 LEC para los supuestos de dictámenes cuya necesidad o utilidad se ponga de

manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia, se limita a eximir de la necesaria expresión en la demanda o contestación de los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse. Excepción precisa en tanto en cuanto resulta materialmente imposible hacer efectiva una exigencia que habría de realizarse en un momento anterior a conocerse la necesidad de la prueba pericial³²⁰. Otro problema es que la admisión de estas pruebas tenga que implicar la necesaria suspensión de la vista. En mi opinión, el llamado principio de “concentración” como tampoco una afirmada “necesidad de rapidez” son argumentos convincentes para negar de plano esta posibilidad.

5.º ¿Presentación en los cinco días anteriores a la vista tal y como previene el art. 338.2 LEC?

En principio, esta exigencia parece que será inaplicable en el caso del juicio verbal con contestación oral puesto que la prueba pericial se presentará en la contestación. Ahora bien, en mi opinión, podría encontrar aplicación en la medida en que suspendida la vista, el plazo procediese respecto del nuevo señalamiento.

Respecto del demandado, si, como antes se ha indicado, no es posible que el dictamen se presente con antelación a la vista tal y como exigía el art. 337.1 LEC, con más razón puede afirmarse exactamente lo mismo cuando se añade un plazo mínimo de antelación a la celebración de la vista³²¹. Salvo, como se acaba de indicar, que se haya procedido a la suspensión de la vista y el plazo sea aplicable respecto del nuevo señalamiento. Y lo mismo ha de considerarse en relación con la mani-

320. FORCADA NOGUERA, M., “Aportación del dictamen pericial en el juicio verbal”, en *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), cit., págs. 415-6.

321. Opinión contraria MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de la prueba judicial civil. Ley 1/2000*, cit., pág. 335.

festación sobre concurrencia de peritos y las expresiones que se exigen, con la única particularidad de que se dificulta la práctica de la prueba con suspensión de la vista puesto que, sin perjuicio de las posibilidades de alegación complementaria que pueda corresponder al actor, en este caso el demandado conoce los aspectos esenciales de la pretensión³²².

b) Designación judicial del perito: admisibilidad y problemas de encaje

El tema de la admisibilidad de la prueba pericial en el juicio verbal adquiere tintes específicos cuando se trata de perito designado judicialmente. A la ausencia de una regulación específica³²³, se añade una serie de circunstancias que parecen aconsejar que el demandado quede desprovisto de la posibilidad de solicitar esta modalidad probatoria.

En efecto, la propia operatividad de la designación judicial del perito en el juicio verbal implicará la necesaria la interrupción o suspensión de la vista cuando se solicite por el demandado³²⁴, lo que no casa bien con un juicio verbal que aspira a la concentración máxima y podría desnaturalizarlo, tal y como deriva y se manifiesta en su exposición de motivos; siendo además que la prueba pericial se encuentra en general a disposición de las partes, con escasa o inexistente intervención judicial. Igualmente, se parte para ello de que el dictamen pericial tiene

322. Como opina ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 269, en el juicio verbal no es admisible la “ampliación” de la demanda, porque la ley no la considera específicamente al contrario de lo que ocurre en el juicio ordinario, al preverse un traslado de la ampliación de la demanda con nuevo señalamiento para juicio.

323. Aunque con menos claridad, la regulación sigue regulando exclusivamente los supuestos de juicio ordinario y verbal con contestación escrita, como lo evidencia el hecho de que el artículo 339.2 LEC hable de que “El demandante o el demandado... podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial de perito”.

324. Algunos autores, como ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 134., nieguen la admisibilidad de la designación judicial de peritos en el juicio verbal. A favor de la misma, por el contrario, autores como FONT SERRA, E., “El dictamen de peritos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial (dir.: MONTERO), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 99.

idéntico valor, significación y eficacia con independencia de que sea aportado por la parte o designado judicialmente; así como también de la propia operatividad del juicio verbal concentrado, en el que la contestación se realiza en la misma vista oralmente y no se autorizan suspensiones no expresamente previstas, lo que explica la exigencia de que las partes hayan de acudir al juicio con todas las pruebas de que intenten valerse (art. 440.I.II LEC)³²⁵.

A pesar de lo antedicho, ha de aceptarse que el demandado pueda solicitar la designación judicial de perito que el juez habrá de admitir cuando se cumplan los presupuestos generales³²⁶. Cabe argumentar, en primer lugar, que ninguna norma impide expresamente al demandado solicitar la designación judicial del perito, máxime cuando esa posibilidad le corresponde atendido el derecho a la prueba y la debida igualdad entre las partes³²⁷. Asimismo, resulta dudoso que el dictamen pericial aportado por la parte tenga un valor y significación idéntico a la hora de la valoración³²⁸. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que el perito que elabora un dictamen pericial aportado por

325. Argumenta ASENSIO MELLADO, J. M^a., “La prueba”, (Dir.: GIMENO), cit., págs. 1-684 y 1-709, que es así por razones como que al no haber contestación escrita, deberán acudir al acto de juicio con las pruebas de que dispongan; porque no está prevista ni podrá ampliar el objeto del dictamen ya que sus posiciones no estarían definidas; quedaría en indefensión el actor que no podría reaccionar frente a una contestación o producida y quizá necesitada de prueba pericial; porque no supone restricción de su derecho a la prueba, sino sólo a un tipo de procedimiento probatorio que en modo alguno le prohíbe o restringe su derecho. Por el contrario, según indica, “es evidente que el actor podrá solicitar la prueba pericial judicial en su demanda, actuándose entonces conforme a lo establecido en el artículo 339.2 LEC”.

326. FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, cit., pág. 149.

327. PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español*, cit., págs. 110-2. RODRÍGUEZ DÍAZ, E., “La designación judicial de perito en el juicio verbal”, en *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J.M.Bosch, Barcelona, 2006, pág. 382. Esta autora reclama, en tal caso, una interpretación flexible del principio de concentración, cuyo rigor no quiebre el derecho a la prueba inherente al derecho de defensa.

328. Así lo manifiestan algunos autores como GONZÁLEZ GRANDA, P., “La regulación de la prueba en la LEC: cuestiones prácticas”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 1, enero de 2003, pág. 20, en su opinión, porque todos los dictámenes han de ser valorados de acuerdo con la sana crítica.

la parte es objetivamente parcial³²⁹, de modo que negar la viabilidad de la designación judicial del perito introduce cuanto menos dudas sobre el ejercicio del derecho de defensa en condiciones de igualdad. Pero es más, si se niega esta posibilidad en estos juicios, al demandado beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita se le privaría del ejercicio de su derecho, al menos en condiciones de normalidad, solamente con base en una ausencia de regulación y en aras de un juicio concentrado, por tanto, sin norma que expresamente prohíba esta restricción de derechos. Por último, el coste de la interrupción o de la suspensión, en mi opinión, no impide que sea admisible la designación judicial a favor del demandado en el juicio verbal con contestación oral³³⁰, al menos mientras no se introduzcan normas prohibitivas expresas o no se arbitren medidas que compatibilicen la concentración del juicio verbal y el ejercicio de los derechos³³¹.

Para evitar la dilación que se genera quizá sería conveniente contar con una norma que impusiera la solicitud de designación judicial por el demandado con carácter previo a la vista, de modo similar a lo que se prevé en el artículo 440.1.III respecto de las personas que han de ser citadas por el tribunal para que declaren en calidad de partes o de testigos. Se favorecería así el pleno ejercicio del derecho de defensa

329. STC 60/2007, cit.

330. Siguiendo a PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español*, cit., pág. 111, indica YAÑEZ VELASCO, R., *El peritaje en el proceso civil*, Difusión Jurídica, Madrid, 2005, pág. 117, que si cabe la interrupción o la suspensión de la vista por la propuesta y admisión de la prueba de parte, nada impide que ocurra lo mismo con un peritaje designado judicialmente.

331. Aunque no contamos con abundante material publicado sobre la materia, parece que la jurisprudencia opta por no excluir su admisión en el juicio verbal ordinario. Aunque no con toda claridad, parece que así lo entiende la SAP Salamanca (Secc. 1ª), 15 de junio de 2004 (AC 2004\1263), cuando en el contexto de un juicio verbal se refiere a *“la obligación del tribunal de proceder al nombramiento de perito a solicitud de una parte en el procedimiento civil sólo aparece contemplada cuando ésta fuese titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 339. 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en los demás casos, es verdad que la parte demandante o demandada, aun cuando no gocen del derecho a la asistencia jurídica gratuita, podrá solicitar que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial (artículo 339. 2); pero en tal supuesto el tribunal sólo procederá a la designación de perito cuando considere pertinente y útil el dictamen solicitado, debiendo rechazarla cuando lo considere inútil”*.

por el demandante y, sobre todo, evitaría suspensiones y consiguientes atrasos en la resolución. Sin embargo, dado el tenor del citado artículo 440.1.III LEC, actualmente ni siquiera forzando su interpretación resulta fácil la procedencia esta solicitud previa en el actual contexto normativo. No hay más remedio que acudir a otras soluciones integradoras que limitan la concentración: interrupciones, suspensiones o diligencias finales³³², aunque todas ellas impliquen esfuerzos interpretativos ante la redacción de las normas que las disciplinan³³³.

Los problemas de integración son similares a los previstos anteriormente para el dictamen aportado por la parte. Los momentos para su presentación son en principio los mismos, esto es, conforme al art. 339.1 y 2 LEC, con la demanda y contestación. Pero como se trata solamente de solicitar la designación y no de aportar el dictamen, no se contempla la aportación inicial y, de ese modo, se orilla la mayor parte de la problemática que generaba el artículo 337 LEC³³⁴. Solamente se reproducirán idénticos problemas cuando el dictamen se solicite en función de actuaciones posteriores a la demanda.

A efecto de la designación, el artículo 339 LEC contempla como primer supuesto que la parte solicitante sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita³³⁵. En tal caso, se excluye la necesidad de aportación

332. CUBILLO LÓPEZ, I., “La prueba pericial”, en *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, (con ARAGONESES, HINOJOSA, PEITEADO y TOMÉ), Colex, Madrid, 2004, págs. 112-3, propone que se interrumpa, que se suspenda directamente o que pueda practicarse por la vía de las diligencias finales.

333. Así, por ejemplo, además de las dificultades que veremos sobre la precedente aplicación del art. 435 LEC, algunos autores como PÉREZ UREÑA, A. A., “Problemas derivados de la proposición de la prueba pericial en el juicio verbal y vías de solución”, cit., pág. 15, proponen una interpretación amplísima del art. 193.3 LEC que permita la interrupción.

334. Con todo, pueden plantearse algunos problemas puntuales como, por ejemplo, el momento en que el juez debe decidir la solicitud de designación judicial de perito por el actor. En opinión de PÉREZ UREÑA, A. A., “Problemas derivados de la proposición de la prueba pericial en el juicio verbal y vías de solución”, cit., pág. 12, ha de ser el día de la vista.

335. Conforme al artículo 6.6 LAJG, el derecho a la asistencia gratuita comprende, entre otras prescripciones, la “asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los

con la demanda o la contestación, lo que implicaría de lo contrario efectuar al menos algún pago o provisión de fondos al perito, limitándose a señalar que bastará con que lo anuncie para que proceda la designación judicial conforme a lo previsto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Posibilidad de solicitud de designación judicial con que igualmente cuenta la parte sin necesidad de ser beneficiaria de este derecho a la asistencia jurídica gratuita. Según deriva del art. 339 LEC, solamente en el primer caso se producirá la designación pericial necesariamente, quedando condicionada en el segundo caso a que se considere pertinente y útil³³⁶.

En fin, para la designación judicial, la LEC ha de regular unas condiciones generales y un procedimiento para la designación judicial que se contiene en los arts. 339 a 342 LEC³³⁷. Por supuesto, nada se opone

órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas. Excepcionalmente y cuando por inexistencia de técnicos en la materia de que se trate, no fuere posible la asistencia pericial de peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones públicas, ésta se llevará a cabo, si el Juez o el Tribunal lo estima pertinente, en resolución motivada, a cargo de peritos designados de acuerdo a lo que se establece en las leyes procesales, entre los técnicos privados que correspondan”.

336. Entre las más recientes, véase la SAP Cádiz (Secc. 8ª), 29 de septiembre de 2005 (Ponente: D. Blas Rafael Lope Vega. AC 2007\381); y SAP Salamanca (Secc. 1ª), 15 de junio de 2004 (Ponente: D. Ildefonso García del Pozo. AC 2004\1263).

337. En síntesis, se requiere solicitud en los escritos iniciales para que se proceda a la designación, salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda. Se procederá a la designación, cuando el dictamen solicitado se considere pertinente y útil, en el plazo de cinco días desde la “presentación de la contestación” a la demanda. Tendrán la posibilidad de nombrar un único perito cuando ambas partes lo solicitan inicialmente y se muestran conformes (abonarán por mitad). En caso de que, en el juicio ordinario, y lo mismo cuando se trate del juicio verbal, como consecuencia de alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia (previa), las partes solicitaran perito, se designará siempre que se considere el dictamen pertinente y útil y ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre (art. 349.3 LEC en relación con el art. 427 LEC). Si hubiere acuerdo en que sea perito una determinada persona o entidad, así se acordará. En caso contrario, se determinará conforme al art. 341 LEC. Podrá designarse perito de oficio en materia de declaración o impugnación de filiación, paternidad y maternidad, capacidad o en procesos matrimoniales. Se nombrará un perito titular por cada cuestión o conjunto de cuestiones que no requieran el parecer de peritos distintos por la diversidad de la materia. Los peritos habrán de reunir las condiciones previstas en el art. 340 LEC. Interesado el envío de la correspondiente lista

a que la pericia pueda ser acordada de oficio como diligencia final en los casos, causas y presupuestos del art. 435³³⁸.

2. Sobre la admisión de las alegaciones conclusivas en el juicio verbal

Las alegaciones conclusivas tienen por objeto la crítica del resultado de las pruebas practicadas en el proceso así como la reconsideración de las tesis jurídicas que se han mantenido en el mismo³³⁹. Por tal motivo, procederá su realización tras la actividad probatoria (oralmente al final del juicio o por escrito en el plazo de cinco días tras la práctica de las diligencias finales) y antes de la sentencia.

El problema es que se regula en los arts. 431, 433 LEC, así como, en el caso de diligencias finales, en el art. 436.1 LEC, siempre entre las normas que disciplinan el juicio ordinario. En la regulación del juicio verbal no

de colegiados o asociados, o de otras instituciones o asociaciones, dispuestos a actuar como peritos, la primera designación se efectuará por sorteo en presencia del Secretario Judicial, y a partir de entonces las siguientes de modo correlativo. En caso de que en la lista solamente se dispusiere del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento como condición previa para designar a esa persona. Una vez designado, en el plazo de cinco días se comunicará al perito titular, requiriéndole para en otros cinco días acepte. En tal caso, se nombrará y el perito manifestará "bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito". Podrá alegar justa causa para ser sustituido por el siguiente de la lista, y así sucesivamente hasta que pueda nombrarse. Podrá solicitar provisión de fondos necesaria, a cuenta de la liquidación final. El tribunal mediante providencia decidirá y ordenará que procedan a su abono en el plazo de cinco días en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, salvo que tuvieren derecho a asistencia jurídica gratuita. Si no se abona en dicho plazo, el perito estará eximido de dictar dictamen. Si quien no abona es solo una de las partes siendo de común acuerdo, se ofrecerá a quien abono la posibilidad de completar la cantidad, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen, o de recuperar la cantidad depositada, en cuyo caso el perito quedará eximido de emitir.

338. ASENCIO MELLADO, J. M^a., "La prueba", (Dir. GIMENO) cit., pág. 1-651.

339. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 424.

se alude a la posibilidad de formular conclusiones, es más, el tenor literal del art. 447.1 LEC, parece derivarse lo contrario. Sin embargo, entre la regulación general de las vistas, el art. 185.4 LEC, prevé que el Juez o Presidente conceda de nuevo la palabra a las partes “para rectificar hechos o conceptos y, en su caso, formular concisamente las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas”.

Ante tal situación, no es de extrañar que podamos encontrar en nuestra jurisprudencia “menor” todo tipo de posiciones, según se entienda el alcance del “silencio” de los arts. 443 y 447 y la posible aplicabilidad del art. 185 todos LEC³⁴⁰: la que niega la admisibilidad de las conclusiones³⁴¹; y la que la afirma³⁴²; y dentro de esta última corriente, las que entienden que es facultativa³⁴³ o preceptiva, y en este segundo caso, renunciable o no.

340. Véanse diversos argumentos a favor y en contra en SOLANO MARTÍN, M., “Incidencia de la oralidad en la formulación de las conclusiones: de la instructa a las conclusiones orales”, en *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J.M.Bosch, Barcelona, 2006, págs. 565-9.

341. Véanse algunos ejemplos en cada una de estas corrientes jurisprudenciales en CUCARELLA GALLIANA, L. A., “El trámite de conclusiones en el juicio verbal”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, II, *Comunicaciones*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 351-5.

342. Buen ejemplo es el Acuerdo 10/2004 AP Madrid, 23 de septiembre de 2004 (JUR 2004\307394), por el que, entre otras cosas, “en el juicio verbal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 185.4 LEC, es preceptivo, salvo renuncia de las partes el trámite de conclusiones tras la práctica de la prueba” (Acuerdo aprobado por mayoría: 15 votos a favor y 7 en contra). Asimismo, la SAP Salamanca (Secc. 1ª), 15 de febrero de 2007 (Ponente: D. José Ramón González Clavijo. AC 2007\1435), con cita de otros pronunciamientos (SSAAPP Málaga, 15 de mayo de 2003, Castellón, 19 de noviembre de 2003, Zaragoza, 13 de junio de 2001) opina en relación con el tenor literal del art. 477 LEC que “en una interpretación lógica y razonable de esta dudosa expresión, a la luz del artículo 185.4 antes citado, de los principios generales del proceso, y que con carácter general, debe permitirse a las partes exponer en lo que a su derecho convenga, parece mucho más razonable el concluir cualquier juicio verbal, en el que se haya practicado prueba, el conceder un último turno de intervención a fin de, al menos, realizar una sucinta valoración de los medios de prueba, sin perjuicio de las limitaciones que al respecto puede introducir el Juez de Instancia, pero siempre garantizando los principios de oralidad, audiencia, defensa y efectiva contradicción”.

343. Así, por ejemplo, la SAP Granada (Secc. 4ª), 4 de julio de 2006 (Ponente: D. Moisés Lazuen Alcón. AC 2007\7), aunque se pronuncia a efectos de una solicitud de nulidad de actuaciones cuando la parte no formuló protesta ni solicitud del trámite, concluye que “aunque ciertamente el art. 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contempla expresamente el citado trámite, y no existiera inconveniente en concederlo, al amparo de lo dispuesto con carácter general en el art. 185.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en ningún caso tal trámite tendría carácter preceptivo”.

Aunque parece que suscita cierto acuerdo lo poco deseable de la al menos aparente indefinición legal, las posiciones doctrinales también resultan discrepantes³⁴⁴. En mi opinión, no obstante una regulación poco clara y terminante y a pesar de lo fundada que pueda presentarse la solución que niega la admisibilidad de alegaciones conclusivas en el juicio verbal, principalmente por el tenor literal del art. 447 LEC³⁴⁵, me inclino por entender que la posibilidad de formular alegaciones conclusivas por la parte serán preceptivas en el juicio verbal, al margen de que las partes, por considerarlo innecesario o por cualquier otra razón y sin necesidad en cualquier caso de tener que justificarlo, podrán hacer dejación de su derecho.

El silencio normativo y el aparente tenor taxativo del art. 447 LEC se justifica por algunos autores en la propia simplicidad con la que se quiere dotar a la regulación del juicio verbal³⁴⁶, por tanto, sin que suponga en realidad una prohibición sino un mero silencio normativo sin mayores consecuencias. Desde luego, ha de compartirse que las alegaciones conclusivas no son precisamente un formalismo sin utilidad o un trámite irrelevante³⁴⁷, sino que supone un vehículo para el ejercicio del derecho de defensa, en la medida en que permite formular consideraciones críticas sobre la introducción de las fuentes de prueba en el proceso y, en su caso, poder reconsiderar las tesis jurídicas mantenidas hasta ese momento. Esto abonaría la opinión de que, no obstante el

344. Véase una referencia doctrinal exhaustiva en CUCARELLA GALIANA, L. A., “El trámite de conclusiones en el juicio verbal”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, (coor.: CARPI y ORTELLS), cit., págs. 355-8.

345. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 425, porque, en su opinión, en el juicio verbal “la actividad probatoria en la vista es inmediatamente seguida por la sentencia (art. 447 LEC)”.

346. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con DÍEZ-PICAZO), cit., pág. 433. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil: Proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 208.

347. En palabras de ILLESCAS RUS, A. V., “Sentencia y cosa juzgada”, en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), Iurgium – Atelier, Barcelona, 2000, pág. 2055, se trata de “una garantía y no de un trámite superfluo”.

silencio del art. 443 LEC, habrían de ser aplicables las normas generales sobre celebración de vistas y en concreto lo previsto en el art. 185.4 LEC³⁴⁸. Aplicación esta que viene reforzada por el hecho de que, como el citado art. 185.4 LEC es norma de aplicación general, su exclusión habría de exigir norma expresa, por lo que un simple silencio normativo no tendrá virtualidad suficiente para excluir su aplicación³⁴⁹.

En fin comparto la posición doctrinal y jurisprudencial por la que en el juicio verbal es preceptivo el trámite de conclusiones. Siendo el tenor literal del art. 447 LEC el principal escollo para su preceptividad, y aunque este precepto no sea un alarde de claridad, ni siquiera cabe entender que omita la fase de alegaciones conclusivas sino, al contrario, más bien lo está presuponiendo. Si la práctica de prueba es el conjunto de actos del juez, de las partes y de otros sujetos procesales mediante los cuales se realizan o producen los medios de prueba admitidos³⁵⁰; el objeto de las alegaciones conclusivas es la crítica del resultado de la introducción de las fuentes de prueba en el proceso así como, en su caso, la reconsideración de las tesis jurídicas mantenidas hasta ese momento fruto de la práctica probatoria que se está produciendo; y

348. Entre otros muchos, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. III*, (coor.: CORTÉS y MORENO), cit., págs. 36-7. GARNICA MARTÍN, J. F., “El juicio verbal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: principales problemas que plantea”, en *Tribunales de justicia*, 2001, 3, pág. 33. Ídem, “El juicio verbal: aspectos prácticos”, en *RJC*, 4, 2001, pág. 1129. MONTERO AROCA, J., y FLORS MATIES, J., *Tratado de juicio verbal*, cit., pág. 935.

349. JUAN SÁNCHEZ, R., “El juicio verbal español: Principales problemas para su desarrollo concentrado”, en *Ovalidad y escritura en un proceso civil eficiente*, II, *Comunicaciones*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, pág. 424. Por su parte, CUCARELLA GALLANA, L. A., “El trámite de conclusiones en el juicio verbal (II)”, cit., págs. 357-8. Igualmente, mantiene este autor que no es óbice a esto el hecho de que el art. 195.II Ley 22/2003, 8 julio, Concursal, cuando remite a la regulación del juicio verbal, contemple expresamente que “tras la práctica de la prueba se otorgará a las partes un trámite de conclusiones”. Y no lo es porque, en su opinión, este precepto no merece la consideración de excepción expresa que sería exigible para la exclusión del art. 185.4 LEC. Por mi parte, comparto esta misma tesis, máxime cuando la mención expresa del art. 195.II LC sencillamente pueda ser entendida como una mejora en claridad respecto al art. 477 LEC, necesaria ante la jurisprudencia que en ocasiones no permite las conclusiones en el juicio verbal.

350. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 361.

la posibilidad de alegar supone una manifestación más del principio de contradicción y el ejercicio del derecho de defensa³⁵¹, me parece suficientemente fundado entender que las pruebas estarán practicadas una vez evacuado –o se haya dado la oportunidad de hacerlo– el trámite de conclusiones. Por tanto cabe interpretar que la referencia del art. 447 LEC al momento en que se encuentren “practicadas las pruebas” estará incluyendo también las alegaciones conclusivas como actividad de parte integrante del concepto “práctica de la prueba”. Y de ese modo, se excluiría cualquier interpretación de este art. 447 LEC que implicase una exclusión o excepción de las alegaciones conclusivas no solamente porque la excepción no es expresa sino porque ni siquiera llega a ser tácita en realidad.

De otro lado, sopesando las ventajas y los escasos inconvenientes, es claro que presenta importantes beneficios para la mejor resolución de los pleitos sin aportar elementos extraños ni dilatorios³⁵².

351. Alguna jurisprudencia, ha salvando las expeditivas consecuencias que una infracción de tal relevancia ha de tener señalando que no es un trámite esencial. Dice por ejemplo la SAP Málaga (Sección 6), 1 de junio de 2006. (Ponente: Sr. D. José Javier Díez Núñez. AC 2006\2102) que: *“a diferencia de lo que sucede para el juicio ordinario en donde expresamente el artículo 433.2 previene que al término de la práctica de las pruebas las partes formularán oralmente sus conclusiones, el 447.1, regulador del juicio verbal, no dispone nada en tal sentido, lo que ha dado lugar a que por los órganos judiciales de primera instancia se haya ofrecido respuesta dispar a la cuestión objeto de controversia, entendiéndose por el tribunal colegiado «ad quem» que, aún admitiendo la posibilidad de que la norma general expuesta sea de alcance al juicio verbal, no cabe inferir de su inobservancia tan radicales efectos como los pretendidos por la recurrente, ya que no cabe calificarse como de trámite procesal esencial y, por ende, determinante de la nulidad de actuaciones provocando la retroacción del proceso a dicho momento procesal, máxime cuando no cabe contemplar la existencia de una complejidad de las cuestiones planteadas que pudieran hacer aconsejable ilustrar a la juzgadora sobre la prueba practicada inmediatamente antes, de ahí que deba entenderse como impropio acordar la nulidad peticionada, entendiéndose la misma, según una constante, pacífica y uniforme doctrina jurisprudencial, como medida excepcional que, por sus negativas consecuencias sobre el proceso, no puede hacerse extensiva a toda clase de irregularidades formales carentes de auténtica proyección invalidante, al no impedir que el acto alcance su fin, ni suponer situación de indefensión”*.

352. JUAN SÁNCHEZ, R., “El juicio verbal español: Principales problemas para su desarrollo concentrado”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, (coor.: CARPI y ORTELLS), cit., pág. 424.

3. Sobre la admisión de diligencias finales en el juicio verbal

Al igual que, como hemos visto, ocurría con lo dispuesto en el art. 429.1.II LEC, debido a la ubicación sistemática del art. 435, parece que las diligencias finales han sido previstas exclusivamente para los juicios ordinarios, así como por la misma dinámica del juicio verbal en el que proposición y práctica se producirá con carácter general en la vista. Sin embargo, en este caso las dificultades son mayores a las indicadas para el citado art. 429 LEC, pues el art. 271.1 LEC se refiere a “la regla tercera del artículo 435, sobre diligencias finales en el juicio ordinario”. En fin, concurren mayores razones para entender que solamente es aplicable al juicio ordinario y, a lo sumo, a los verbales con contestación escrita. Por tal motivo, un sector doctrinal ha entendido que las diligencias finales han de limitarse exclusivamente al juicio ordinario, porque junto a la ubicación sistemática de los artículos 435 y 436 LEC, se une que los arts. 271.1, 286.3 *in fine* y 309.2 LEC se refieren al juicio ordinario³⁵³, porque solamente encuentran acomodo en el mismo³⁵⁴.

La jurisprudencia se pronuncia de forma prácticamente unánime en negar la admisibilidad de las diligencias finales en el juicio verbal³⁵⁵.

353. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., págs. 513-4. DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, cit., págs. 113-4. SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., págs. 162-3. Muy taxativa se presenta NOYA FERREIRO, M^a. L., *Las diligencias finales en el proceso civil*, cit., págs. 94 y ss, que incluso estima inaplicable a los juicios especiales en cuanto remiten a sus trámites. También CEDEÑO HERNÁN, M. “¿Pueden practicarse diligencias finales en el juicio verbal?”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 2, febrero 2002, págs. 39-40, si bien reconoce que, como el art. 315.2 LEC no especifica que la diligencia se limite solamente al juicio ordinario, “aquí podría deducirse –como mucho– que hay una diligencia final que sí se admite en el juicio verbal: la relativa al interrogatorio de personas jurídico-públicas si se dan las circunstancias del art. 315.2 LEC.

354. GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., pág. 271.

355. Afirma la SAP Guipúzcoa (Secc. 3^a), 7 de marzo de 2002 (Ponente: Dña. Begoña Argal Lara. AC 2002\1341) señala que la adopción de diligencias finales del art. 435 LEC “no está prevista en el juicio verbal, que está regulado en los artículos 437 y siguientes de la nueva LEC”.

Valga como ejemplo el Acuerdo 10/2004 de la Audiencia Provincial de Madrid, 23 de septiembre de 2004, que niega la posibilidad de diligencias finales salvo en los juicios especiales en los que el juez puede acordar de oficio la práctica de determinadas pruebas³⁵⁶. Y en el mismo sentido la Unificación de criterios por Acuerdo de Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia, de 11 de diciembre de 2007, que se presenta rotundo y tajante cuando se refiere sencillamente a que: “En el juicio verbal no cabe acordar diligencias finales”³⁵⁷.

Así y todo, estimo que son más convincentes y fundados los argumentos que aportan algunos autores a favor de la admisibilidad de las diligencias finales en los juicios verbales³⁵⁸. Pueden sintetizarse en lo siguiente:

356. JUR 2004/307394. Dice literalmente el acuerdo 6º que “en el juicio Verbal no cabe la posibilidad de diligencias finales, al no ser un trámite previsto para ese procedimiento, sin que sea invocable el artículo 460.2.2º LEC en este tipo de procedimientos, salvo aquellos juicios especiales en los que el juez puede acordar de oficio la práctica de determinadas pruebas (Acuerdo aprobado por mayoría: 20 votos a favor y 3 en contra)”.

357. Para LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., y REVERÓN PALENZUELA, B., “Juicio ordinario y sentencia”, en *Proceso Civil Práctico*, V, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), La Ley-Actualidad, Madrid, 2001, págs. 4-45 a 4-46, aunque existen razones de peso para entender que sólo en el ámbito del juicio ordinario es posible acordar la práctica de diligencias finales, es la jurisprudencia la que ha de marcar las pautas al respecto. Atendidos los criterios judiciales, no parece que sea esa la tendencia, a pesar de que se refieren al AJPI Salamanca, núm. 4, de 20 de mayo de 2002, que introduce algo de confusión al introducir diligencias finales aunque no en un genuino juicio verbal sino un procedimiento de impugnación de costas.

358. HOYA COROMINA, J., “Diligencias finales”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), Iurgium – Atelier, Barcelona, 2000, pág. 1935. GARNICA MARTÍN, J. F., “El juicio verbal: aspectos prácticos”, cit., pág. 1130. ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Los procesos declarativos ordinarios (Procesos ordinarios y sus especialidades)*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 128. También, ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con CUBILLO, PEITEADO y TOMÉ), cit., págs. 35-6. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “Las diligencias finales”, en *Instituciones del -nuevo proceso civil*, II, (coor.: ALONSO-CUEVILLAS), Economist & Jurist, Barcelona, 2000, pág. 560. CARBONELL TABENI, J., “Las diligencias finales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, págs. 1070-1. CUBILLO LÓPEZ, I., “La prueba pericial”, en *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, (con ARAGONESES, HINOJOSA, PEITEADO y TOMÉ), Colex, Madrid, 2004, págs. 112-3. ORTIZ, RUBIO, RUIZ y SERRETA, “Las diligencias finales”, en *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, (coor.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2003, págs. 125-32.

- 1.º La ubicación sistemática entre las normas del juicio ordinario no excluye su aplicación en el juicio verbal en cuanto que el primero ha de considerarse como juicio “tipo”. Además, no hay norma expresa que lo prohíba.

- 2.º Dadas las características procedimentales de un juicio verbal concentrado y abreviado, será en el mismo donde las diligencias finales podrán ser más necesarias³⁵⁹. Como ha dicho algún autor, “la posibilidad de diligencias finales está por encima de la celeridad que se quiera imprimir a los procesos, pues aquéllas salvaguardan derechos de rango superior, como son el derecho a la prueba y la justicia que, como valor superior (art. 1.1 CE), ha de informar todo el ordenamiento”³⁶⁰. En caso contrario, el órgano de apelación se convertirá *de facto* en tribunal de instancia pues favorecerá la admisión de práctica de pruebas con base en el art. 460.2.2ª LEC.

Como ocurre en algunas ocasiones, la falta de rotundidad o la imprevisión legislativa provoca aquí decisiones jurisprudenciales no uniformes al menos en sus inicios, en este caso, para no acordar generalmente diligencias finales en el juicio verbal. Ante las impugnaciones fundadas en este motivo por recurrentes cuando la resolución en la primera instancia no le es favorable, se tiende a la conservación de los actos procesales, para lo cual se elabora una doctrina que se basa precisamente en esa misma falta de rotundidad o imprevisión legislativa para dar como buena la decisión de inadmisión. Y lo más curioso es que en el fondo la posición de inadmisión se basa en la concentración y bre-

359. A pesar de que parte de que la intención del legislador es la de limitarlo al juicio ordinario, reconoce la SAP Salamanca (Secc. 1), 15 de octubre de 2004 (Ponente: D. Jesús Pérez Serna. AC 2004\2347), que “*también se ha entendido, que la necesidad de las mismas en el juicio verbal, es tanto mayor que en el ordinario, por cuanto las consecuencias que se derivan del diseño del juicio verbal en la LECiv, así lo requieren*”.

360. ORTIZ, RUBIO, RUIZ y SERRETA, “Las diligencias finales”, en *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, (coor.: ABEL y PICÓ), cit., pág. 129, quienes, en definitiva, justifican (pág. 132) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la prueba que sea pertinente y útil la extensión de las diligencias finales al juicio verbal.

vedad procedimental del juicio verbal, olvidando que las diligencias finales, partiendo del debido ejercicio de defensa de las partes sirven, en unos casos, para prevenir eventuales interrupciones o suspensiones de la vista que son más gravosas para la concentración y abreviación procedimental; y en otros, para evitar que se traslade la práctica probatoria a la apelación. En suma, concurren argumentos suficientes para defender una interpretación adecuada del art. 435 LEC que permita, como solución menos gravosa y aunque sea con una aplicación prudente que evite actitudes meramente dilatorias, la posibilidad de admitir diligencias finales en el juicio verbal³⁶¹.

361. Salvo que, como indica MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., pág. 2225, se invente un trámite propio para la prueba de los hechos nuevos, al modo de lo previsto para las diligencias finales.

IV. Prueba en la apelación

Regla general en nuestro modelo de apelación limitada es que no sólo resulta inadmisibile la innovación de las pretensiones y defensas planteadas en la primera instancia sino que además ha de volverse a juzgar atendiendo a las mismas alegaciones y pruebas introducidas en la primera instancia³⁶². El tenor del art. 456.1 LEC es suficientemente expresivo de esta regla general cuando dispone que “en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente...”³⁶³.

Ahora bien, como toda regla general que se precie, presenta importantes excepciones. El mismo precepto anterior continúa señalando que resolverá “...mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas

362. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 517.

363. La Exposición de Motivos XIII, párrafo segundo, LEC señala en ese sentido que “...la apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso...”

a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación”³⁶⁴.

Parece razonable, en primer lugar, que en algunos casos se limite el rigor de la preclusión impuesta para la presentación de pruebas en la primera instancia. Es el caso de los documentos que no se hubiesen

364. En suma, la jurisprudencia establece que el recurso de apelación permite al Tribunal *ad quem* un examen del objeto del proceso con idéntica amplitud y potestad a la del juzgador *a quo*, sin que esté obligado a respetar los hechos probados por éste, sin perjuicio de la influencia de la inmediación en la práctica de las pruebas del órgano de la primera instancia. Así por ejemplo, la SAP Madrid (Secc. 18), 19 de mayo de 2006 (Ponente: D. Pedro Pozuelo Pérez. AC 2007\200), partiendo de los anteriores postulados concluye que “*el principio de inmediación, que aparece en la anterior LEC y con mayor énfasis en la nueva LEC, que informe el proceso civil debe concluir «ad initio» por el respeto a la valoración probática realizada por el juzgador de instancia salvo, excepción, que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio. Prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente*”. Y en similar sentido otras muchas resoluciones como SAP Cuenca (Secc. 1ª), 17 de febrero de 2006 (Ponente: D. Ernesto Casado Delgado. JUR 2006\89112), en la que, con cita de la STC 102/1994, de 11 de abril, afirma que “*el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un “novum iudicium”*”. *Lo anterior conduce a afirmar el deber del Tribunal de apelación de comprobar si pese a las facultades del órgano judicial a quo para la apreciación conjunta de la prueba, se ha incurrido por el mismo, para la obtención de sus resultados, en falta de lógica o se ha omitido todo género de consideración sobre elementos probatorios obrantes en las actuaciones y orillados para obtener solución a la cuestión litigiosa pese a la relevancia de los testimonios cuya consideración no se realiza, pues de ser así el órgano judicial de la alzada viene obligado a corregir el indebido proceder el Juzgador de instancia*”. (véase también otras como la SAP Pontevedra (Sala 1ª), 29 de septiembre de 2005 (Ponente: D. Francisco Javier Menéndez Estébanez. AC 2006\53). Así y todo, alguna jurisprudencia, en mi opinión con buen criterio, entienden que la valoración favorecida por la inmediación en la primera instancia se equipara en la segunda mediante los sistemas de reproducción de los instrumentos de reproducción del sonido y de la imagen. Dice la SAP Cáceres (Secc. 1ª), 1 de febrero de 2007 (Ponente: D. Antonio María González Floriano. JUR 2007\81083) en ese sentido que, “*con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000, de 7 de Enero, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Primera Instancia que el Tribunal de Apelación por cuanto que, a través del soporte audiovisual donde se recogen y documentan todas las actuaciones practicadas en el acto del Juicio (incluyéndose, evidentemente, la fase probatoria), el Órgano Jurisdiccional de Segunda Instancia puede apreciar de viso propio no sólo el contenido de las distintas pruebas que se practiquen, sino también la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente, mas no debe olvidarse que la actividad valorativa del Órgano Jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general y hasta con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos*”. Palabras anteriores que son sorprendentemente coincidentes con las que había manifestado poco antes la SAP Guipúzcoa (Secc. 3ª), 20 de marzo de 2006 (Ponente: Dña. Begoña Arenal Lara. JUR 2006\153774).

podido presentar en la primera instancia y que sean de fecha posterior a la demanda, contestación o audiencia previa y no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad; o de fecha anterior a dichos actos en los que se justifique no haber tenido conocimiento de su existencia; o que no haya sido posible obtener con anterioridad por causas no imputables a la parte y se hubiera hecho oportunamente la designación o el anuncio que se contempla legalmente (art. 460.1 en relación con el art. 270 ambos LEC). De idéntico modo que ocurre con las pruebas referidas a hechos de relevancia ocurridos tras el comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia³⁶⁵, o, si han ocurrido antes, siempre que se justifique haber tenido conocimiento con posterioridad (art. 460.2.3^a LEC); y lo mismo en el supuesto del demandado declarado en rebeldía que por causa no imputable se hubiera personado en los autos tras el momento establecido para la proposición de la prueba en la primera instancia (art. 460.3 LEC)³⁶⁶.

Pero no es el anterior el único fundamento de las excepciones a la citada regla general puesto que también se presenta como altamente razonable que sea posible corregir por el órgano superior los errores en que haya incurrido el órgano jurisdiccional de primera instancia al decidir sobre la actividad probatoria. A tal motivo obedece las previsiones del art. 460.2.1^a y 2^a LEC cuando contemplan que se podrá pedir la práctica de las pruebas indebidamente denegadas, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista; así como también de las propuestas y admitidas que por causa no imputable al

365. Como señala ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 519, lo relevante es la novedad de la existencia del hecho, no del medio de prueba, de modo que no entraría en el supuesto, por ejemplo, un documento nuevo sobre un hecho anterior. Lo anterior sin perjuicio de que el medio de prueba de este ejemplo pudiera introducirse a través de otros supuestos, como el del art. 460.1 LEC.

366. Dado el tenor del precepto, no ampara situaciones que puedan parecer similares, como inactividad de la parte a pesar de la personación, o la intervención posterior de un tercero, sin perjuicio de lo previsto en el art. 13.3.II LEC.

solicitante no hubieren podido practicarse ni siquiera como diligencias finales³⁶⁷.

Cuando se den los anteriores supuestos y además hayan sido cumplidos los presupuestos generales de proposición y admisión, tal y como vimos, será admisible la práctica de prueba también en el recurso de apelación.

Con todo, esta afirmación de prueba en el recurso de apelación todavía cabe ser discutida en la medida en que el tenor del art. 460.2 LEC, cuando habla de que “se podrá pedir, además, la práctica en segunda instancia...”, se presenta aparentemente restrictivo. Como es sabido, la apelación puede formularse frente a la sentencia que resuelve el objeto de la primera instancia, de modo que se abre de ese modo una “segunda instancia” o nueva fase del proceso de declaración ante órgano jurisdiccional de grado superior³⁶⁸. Pero la apelación también procede frente a resoluciones interlocutorias o de dirección procesal y contra resoluciones que ponen fin al proceso pero decidiendo solamente una cuestión jurídica, en estos casos no es posible abrir segunda instancia alguna. Pues bien, la duda que plantea el tenor literal del art. 460.2 LEC es si la práctica de la prueba en la apelación ha de ser limitada exclusivamente a los supuestos en que el recurso se interponga ante resoluciones que resuelvan la pretensión procesal con pronunciamiento por el fondo, o si también sería admisible en los supuestos en que la apelación no abrirá segunda instancia alguna por formularse frente a resoluciones interlocutorias o que deciden solamente una cuestión jurídica.

367. Siempre que, como recuerda ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 518, no haya sido renunciada por el proponente.

368. En estos casos, como afirma ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., págs. 500-1, el tribunal superior no se limita a revisar la sentencia del inferior sino que dicta una nueva sentencia, en principio, con los mismos poderes que tuvo el juez de la primera instancia, salvo las limitaciones derivadas de la influencia del principio dispositivo. Ahora bien, el material fáctico que podrá tener en cuenta serán los mismo de la primera instancia con carácter general más algunos nuevos (no cualquiera otros que las partes puedan aportar) que el legislador considera adecuado excepcionar de la preclusión, de modo que nos encontraríamos ante una segunda instancia no plena sino limitada en nuestro derecho (art. 456.1 *in fine* LEC).

Sin duda los supuestos de resolución sobre el fondo del asunto serán los que requerirán mayor actividad probatoria, y por tal motivo el art. 460.2 LEC considera principalmente tal supuesto. Sin embargo, aunque menos habituales en la práctica, si para la decisión del recurso frente a resoluciones interlocutorias o de mera calificación jurídica fuera necesaria actividad probatoria sobre hechos relevantes para las correspondientes cuestiones a resolver parece razonable no excluir esta posibilidad probatoria por una aplicación estricta del art. 460 LEC³⁶⁹, máxime cuando la alusión “segunda instancia” se pretende equiparar a la apelación³⁷⁰, cuando no suele ser utilizada impropiamente como sinónimo de apelación³⁷¹.

Tratándose de prueba a instancia de parte, las partes tendrán la carga de proponer la prueba, sea en el momento de la interposición del recurso por el apelante (art. 460.1 y 2 LEC) y en la oposición o, en su caso, impugnación, por el apelado (art. 461.3 LEC).

Para la decisión sobre admisión de la prueba será, conforme al art. 464 LEC, el órgano que haya de resolver la apelación (generalmente la

369. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., págs. 517-8.

370. Así se desprende de las palabras de la Exposición de Motivos XIII, párrafo primero, LEC cuando se dice que “*esta Ley contiene una sola regulación del recurso de apelación y de la segunda instancia, porque se estima injustificada y perturbadora una diversidad de regímenes. En razón de la más pronta tutela judicial, dentro de la seriedad del proceso y de la sentencia, se dispone que, resuelto el recurso de reposición contra las resoluciones que no pongan fin al proceso, no quepa interponer apelación y sólo insistir en la eventual disconformidad al recurrir la sentencia de primera instancia. Desaparecen, pues, prácticamente, las apelaciones contra resoluciones interlocutorias*”.

371. En mi opinión, posiblemente por la –aunque no lograda complemente- pretensión legislativa de equiparar los conceptos apelación y “segunda instancia”, así ocurre en muchos preceptos como por ejemplo el art. 48.2 LEC cuando prevé la posibilidad de apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva “cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia... entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva”, como si no pudiera apreciar igualmente la falta de competencia objetiva cuando el recurso de apelación no la abra; o el art. 237.1 LEC cuando se prevé la caducidad de dos años sin actividad procesal cuando el pleito se hallare en primera instancia, o de un año en la “segunda instancia” o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o de recurso de casación, sin contemplar expresamente la pendencia de la apelación sin segunda instancia.

Audiencia Provincial). La decisión se adoptará, según dispone el citado precepto, en el plazo de diez días a contar desde que fueron recibidos los autos por el tribunal que haya de resolver sobre la apelación. La resolución de admisión de la prueba contendrá señalamiento de día para la vista para su práctica. Y frente a la misma no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que la parte alegue, con base en la inadmisibilidad, que no se tenga en cuenta la prueba a la hora de resolver. En el caso de que la resolución sea de inadmisión, cabrá reposición y, frente a su denegación, siempre que se den los presupuestos de admisibilidad, recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en el art. 469.3º y 4º LEC.

La prueba admitida, conforme al art. 464 LEC, se practicará en la vista señalada como se ha indicado, que se celebrará, dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. Solamente en el caso de que la prueba admitida sea la documental, cabrá su práctica, en parte, antes y fuera del juicio o vista, en primer lugar, favorecido por el hecho de que su aportación sea anterior a los momentos ordinarios, esto es, con regla general con la demanda o contestación y, en definitiva, porque así se prevé específicamente para determinados actos del procedimiento de práctica de algunos medios de prueba³⁷².

372. Así, por ejemplo, aunque el tribunal habrá de examinar por sí mismo la prueba documental, los informes y dictámenes escritos y cualesquiera otros medios o instrumentos que se aportaren, prevé el art. 289.3 LEC que “se llevarán a cabo ante el Secretario Judicial la presentación de documentos originales o copias auténticas, la aportación de otros medios o instrumentos probatorios, el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado, la formación de cuerpos de escritura para el cotejo de letras y la mera ratificación de la autoría de dictamen pericial”. Asimismo, en el caso de que se impugna el valor probatorio del documento público, conforme al art. 320 LEC, se procederá de la forma siguiente: “1.º Las copias, certificaciones o testimonios fehacientes se cotejarán o comprobarán con los originales, dondequiera que se encuentren. 2.º Las pólizas intervenidas por corredor de comercio colegiado se comprobarán con los asientos de su Libro Registro. 2. El cotejo o comprobación de los documentos públicos con sus originales se practicará por el Secretario Judicial, constituyéndose al efecto en el archivo o local donde se halle el original o matriz, a presencia, si concurrieren, de las partes y de sus defensores, que serán citados al efecto”.